

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE DISCAPACIDAD¹

Victorio Magariños Blanco

Notario²

Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

TITLE: *Comments on the draft bill to reform the Civil Code about disability*

RESUMEN: Se trata de una serie de reflexiones críticas sobre el texto del Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil en materia de discapacidad. Se comentan los preceptos que considero debieran repensarse o modificarse, con la intención de perfeccionar su redacción o completar su contenido. Especialmente, los referidos a mandatos preventivos, guarda de hecho y a los problemas que plantea el art. 96.

ABSTRACT: *This article involves several critic reflections on the draft bill to reform the Civil code about persons with disabilities. It comments the articles which I consider that should be modified, with the intention of improving their redaction or fulfilling their content. Specially, the ones referring to preventive terms, facto guardian and the problems that the article 96 represents.*

PALABRAS CLAVE: curatela, guarda de hecho, discapacidad, artículo 96 del Código civil, prodigalidad, medidas de apoyo para personas con discapacidad, modificación del Código civil debido a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad.

KEY WORDS: *curatorship, facto guardian, disability, article 96 of the Civil code, prodigality, support measures to persons with disabilities, Civil code modifications due to the International Convention on the rights of persons with disabilities.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2.1. *Disposiciones generales.* 2.1.1. Artículo 248. 2.1.2. Artículo 249. 2.2. *Poderes y mandatos preventivos.* 2.2.1. Poder normal con cláusula de subsistencia. 2.2.2. Mandato exclusivo, preventivo o de apoyo. 2.3. *La guarda de hecho.* 2.4. *La curatela.* 2.4.1. El artículo 266. 2.4.2. No se recoge el derecho o deber de instar la curatela. 2.4.3. El artículo 274.2º, 3º y 4º. 2.4.4. Párrafos 5º y 6º del artículo 280. 2.4.5. El artículo 287. 3. *PRODIGALIDAD.* 4. *ANÁLISIS DEL ART. 96 DEL CÓDIGO CIVIL.* 4.1. *Los dos primeros párrafos.* 4.2. *Segunda residencia.* 4.3. *Precario.* 4.4. *Gastos.* 4.5. *Disposición de la vivienda afecta al uso familiar.* 4.5.1. Naturaleza del uso. 4.5.2. Legitimación para disponer de la vivienda y objetos de uso ordinario. 4.5.3. Eficacia frente a terceros e inscripción. 4.6. *Propuesta de redacción alternativa.*

¹ En estos comentarios se ha tenido en cuenta la regulación de los Derechos civiles forales, pues creo útil acercar y uniformar la legislación de España, en el sentido más acorde con los tiempos, para lograr una base civil uniforme sobre la que principalmente se asienta una nación y un Estado. En el mundo actual comunicado son cada vez más iguales las costumbres y necesidades sociales y familiares. Además, hay que reconocer que en algunos ámbitos ha habido una dejación por el legislador español y un avance legislativo técnico y modernizador en los territorios llamados de Derecho foral, digno de consideración.

² Notario Honorario.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil en materia de discapacidad (APL), responde en su inspiración y contenido a las pautas señaladas en la Convención de Nueva York de 2006. La Exposición de Motivos es bien clara en este sentido. Y el conjunto del articulado también lo es.

Distingue y regula, separadamente, el tratamiento de los menores de edad, para los cuales el medio de protección es la tutela; institución de raigambre que queda ahora exclusivamente referida a los menores de edad. Y dedica a los discapacitados la curatela, como institución básica de apoyo; por lo menos si atendemos al detalle de su regulación, y también a la remisión que a esta última se hace para regular los poderes preventivos cuando éstos sean generales, como veremos.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto dice que «la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que... es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o, incluso, la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada».

Añade que se da absoluta preferencia a las medidas preventivas, establecidas por el interesado y, también, a la guarda de hecho. Se pretende revitalizar y potenciar tales métodos de apoyo, institucionalizándolos como medidas suficientes y adecuadas. Quizás, de modo excesivo, y con un cierto temor o poca confianza en la efectividad de la intervención judicial de modo compatible con los principios de la Convención.

Se configura, pues, la curatela como la institución de apoyo judicial básica de los discapacitados, ampliando y dando nuevo contenido a esta antigua institución, reservada hasta ahora en el Código civil para casos puntuales de prodigalidad o de discapacidad que sólo requieran asistencia según apreciación judicial (arts. 286 y 289 Código civil).

La curatela se concibe con gran amplitud. La Exposición de Motivos resalta que: «El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general.»

La nueva regulación del Anteproyecto acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, por dificultad de movilidad. Sin distinguir, de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales).

Tal configuración de la curatela con un contenido amplísimo, no va seguida de una regulación diferenciadora de los diversos supuestos, especialmente de aquellos que requieren mera asistencia a personas que conservan sus facultades de decisión. Luego veremos la conveniencia de diferenciar esta asistencia como institución distinta y paralela a la curatela.

En el comentario seguiré la sistemática del Anteproyecto.

2. MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. *Disposiciones generales*

2.1.1 Artículo 248

El artículo 248 dispone que:

«Constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su *capacidad jurídica* puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse *jurídicamente* en condiciones de igualdad.

Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona, y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán *en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona* de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, *fomentarán que* la persona con discapacidad pueda ejercer su *capacidad jurídica* con menos apoyo en el futuro.»

Es reacio el legislador a describir claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea el problema de la diferenciación de las distintas situaciones en la que se puede encontrar una persona con discapacidad según la causa e intensidad de la misma. Pues no es lo mismo la situación de desvalimiento de un ciego, paralítico o anciano que pueden solicitar y obtener asistencia jurídica, bastando para ello que no puedan valerse por sí mismos, siquiera sea en parte, por consecuencia de un impedimento corporal, que la del que padece una alteración mental, psíquica o sensorial que le impide tomar decisiones.

La redacción del precepto, pese a la amplitud que anuncia la Exposición de Motivos, parece acoger sólo o principalmente la discapacidad psíquica, al referirse de modo exclusivo a personas que requieran medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Convendría, a mi juicio, describir las causas de necesidad de apoyo. Otros Ordenamientos son más claros y concretan la situación sin temor.³

Conviene recordar las palabras de la Exposición de Motivos cuando centra la protección en el «cuidado», «asistencia», apoyo, ayuda, en consonancia con la Convención.

En consecuencia, el art. 248 podría matizarse del modo siguiente:

- «Constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que, *a causa de una alteración intelectual, mental, sensorial o física*, las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, poder desarrollar plenamente su personalidad y *desenvolverse* en condiciones de igualdad».
- En el párrafo segundo en lugar de la frase «en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona», parece más rigurosa «en defecto o insuficiencia de medidas previstas por la persona»

³ Así, el Código francés, cuando dispone en el a. 425 que «*Cualquier persona que se encuentre en la imposibilidad de proveer por sí sola a sus intereses con motivo de una alteración, comprobada médicamente, bien de sus facultades mentales, bien de sus facultades físicas, que le impida expresar su voluntad, podrá beneficiarse de una medida de protección jurídica prevista en el presente Capítulo*».

Añade que «A menos que se disponga otra cosa, la medida estará destinada a la protección tanto de la persona como de sus intereses patrimoniales. No obstante, podrá limitarse expresamente a uno de estos dos mandatos». Añadiendo el a. 428 que «*la medida deberá ser proporcionada y ajustarse de forma individualizada al grado de alteración de las facultades personales del interesado*».

El Código civil alemán dispone que «Si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no pueda cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente...» (§ 1896).

- En cuanto al párrafo tercero, sería más certera, a mi juicio, la siguiente redacción: «Asimismo deberán procurar darles la formación adecuada para que la persona con discapacidad pueda ejercer su *capacidad* con menos apoyos en el futuro.»

Con esta redacción se iguala al último párrafo del art. 280 del Anteproyecto que se limita a repetir esta norma, aunque perfeccionada, al suprimir el término «jurídica» a continuación de capacidad.

2.1.2. Artículo 249

Este precepto enumera las instituciones de apoyo legales y judiciales: guarda de hecho, curatela y defensor judicial.

En la relación de las medidas de apoyo, se echa de menos, a mi juicio, la regulación de la «asistencia» como institución diferenciada de la curatela y del defensor judicial. Como una medida a utilizar no sólo en los casos de la vieja y poco «considerada» prodigalidad, sino en los variados y múltiples casos en los que no es necesaria la denominada con la antigua y poco clarificadora palabra curatela.

Si se regulara la asistencia del modo que lo hace el Código civil de Cataluña, o como, con la frase «administración de apoyo», lo hace el Código civil italiano, los casos más corrientes de discapacidades recurrentes y por causas que no impiden la toma de decisión para solicitarla, se evitaría acudir al procedimiento judicial de la curatela. Que por mucho que ésta se pretenda graduable y revisable, siempre tendrá la rigidez derivada del procedimiento judicial y problemas de interpretación de las medidas acordadas, al no estar determinadas, como en el Código suizo, las distintas clases de curatela.

Además, convendría meditar sobre el impacto psicológico negativo que pudiera provocar la sujeción a un curador nombrado mediante un procedimiento a instancia de otra persona (art. 757 del anteproyecto de modificación LEC), que, en muchos casos, se podría percibir por el afectado como una sujeción excesiva y, en algunos casos, humillante o poco respetuosa.

Con la «asistencia» institucional, se trataría de acoger la voluntad de decidir y elegir la ayuda de un asistente por la persona que la necesita y que se encuentra con capacidad para hacerlo en ese momento, con la garantía y la rigurosidad que imprime un proceso sencillo de jurisdicción voluntaria y el control judicial.

Existe una amplia gama de situaciones que suponen disminución de facultades físicas o psíquicas, (analfabetos, encarcelados, alcohólicos, drogodependientes, ludópatas,

anoréxicos, bulímicos, depresivos, invidentes, hospitalizados de larga duración sin parientes o debilitados por edad y fácilmente sugestionables), que estarían mejor resueltas con un asistente solicitado por la persona con tal disminución en el momento en el que lo necesita, constituida en jurisdicción voluntaria, y en la que se tenga en cuenta la autodeterminación no preventiva del afectado; que podría designar el administrador de apoyo y solicitar la medida e indicar sus necesidades. Sin la carga negativa de «incapacidad» que, quiérase o no, genera la palabra curatela.⁴

Pero, a pesar de la amplitud con la que se manifiesta la Exposición de Motivos, el centro de las medidas de apoyo judicial es la curatela. Institución de apoyo que probablemente debería haberse regulado bajo una palabra más actual, inteligible para todos los ciudadanos, a los que principalmente se dirige un Código civil. Sin la carga significativa secular del término referido.

Por otra parte, la regulación de la asistencia evitaría la inclusión forzada de asistencia para casos recurrentes dentro del ámbito del defensor judicial. Institución ésta más adecuada para resolver situaciones muy concretas y eventuales de conflicto de intereses o de paralización de las ayudas establecidas. Sin que existan razones consistentes para cambiar y ampliar su contenido.

Sin embargo, al considerar el legislador que no encaja en el amplísimo ámbito de la curatela, y no disponer de una institución menos exigente, como sería la asistencia, más apropiada para un supuesto eventual, amplía el ámbito del defensor judicial de modo excesivo y poco riguroso, estableciendo en el art. 293 del Anteproyecto que:

Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

⁴ Sería útil tener en cuenta la experiencia de Cataluña, cuyo Código civil regula ampliamente la asistencia. Le dedica los arts. 226-1 a 226-7. Dispone en el 226-1 que «La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.»

En el 226-2 con especial minuciosidad regula su contenido.

1. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente.

2. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales.

Convendría meditar también sobre la conveniencia de regular la asistencia profesional. Como se hace en Alemania, en donde existe preocupación en los últimos años por promover esta variante de la asistencia.

1. ^º Cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Sin embargo, el último párrafo del art. 249 recoge solamente la causa 1ª del art. 293, más propia de la asistencia si a ésta se le da el contenido y configuración antes referidos:

*El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.*⁵

Con lo que se plantean problemas de concordancia entre ambas normas. Por un lado, el art. 249 establece la remisión a solo una de las causas de apoyo para nombrar defensor judicial (la 1ª del art. 293), con lo que resulta incompleto. Y, en segundo lugar, la inclusión de esta causa primera del art. 293 desnaturaliza la institución del defensor judicial, más adecuada para resolver problemas puntuales de conflicto de intereses o para sustituir interinamente al curador.

Por tanto, resultaría más preciso el párrafo que comentamos del art. 249 si se limitase a hacer una remisión a todos los supuestos del art. 293, entre los cuales, tal como propongo, ya no estaría el actual número 1º.

En consecuencia, una redacción congruente con lo anteriormente expuesto y más completa del art. 249 debería recoger la asistencia como institución independiente. Para lo cual su redacción podría ser:

«Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la curatela, *la asistencia*, la guarda de hecho y el defensor judicial.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado, *siempre que no sea procedente la asistencia*. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

La asistencia procederá cuando la persona, que necesite el apoyo, con facultades de discernimiento suficientes, solicite esta ayuda en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

⁵ En muchas ocasiones, para dicho supuesto podría ser suficiente el mandato o el poder.

El nombramiento de defensor judicial *procederá en los supuestos del a. 293 de este Código.*»

2.2. Poderes y mandatos preventivos

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se dice «... la nueva regulación da absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos».

Sin embargo, la regulación del Anteproyecto resulta insuficiente, como veremos. Conviene, a mi juicio, dejar claro el carácter de mandato o encargo de gestión que los llamados poderes preventivos suponen. Y regular los medios de control necesarios para que el mandatario no pueda quedar en una posición de excesivo «poder» cuando el poderdante o mandante ya no puede revocarlos ni vigilar o enterarse del uso que se está dando al mismo.

El Anteproyecto distingue *el poder normal con cláusula de subsistencia* en el caso de discapacidad, y el *mandato-poder otorgado exclusivamente* para este último supuesto. Tienen distinto carácter y requieren un tratamiento diferenciado.

2.2.1. Poder normal con cláusula de subsistencia

A él se refiere escuetamente el art. 254 del Anteproyecto, estableciendo que:

«El poderdante podrá otorgar poder con la cláusula de que subsista el caso de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad.»

En este poder–mandato se pueden distinguir dos fases. En la primera fase, ordinaria, que tiene lugar mientras no se produce la discapacidad, el apoderado no queda obligado. Se trata sencillamente de un poder normal que le legitima para actuar en nombre del poderdante. Sin que éste pierda el control del ejercicio del poder. El poder es simplemente un instrumento legitimador de actuación en nombre de otro. El poderdante puede revocarlo, y el apoderado utilizarlo o no sin vinculación alguna, salvo que exista un mandato o gestión interna o cualquier otra causa subyacente que obligue al apoderado.

Cuando se produce la causa que da lugar al apoyo, se inicia una nueva fase. El poder sigue siendo un instrumento de legitimación para actuar frente a terceros, pero aflora y se hace relevante el mandato, administración o gestión de apoyo, que subyace y se hace necesario para la plena efectividad de la medida voluntaria de apoyo que se pretende. La causa del poder en este caso es el mandato de apoyo, y, en consecuencia, requiere la aceptación por el mandatario, pues para su efectividad debe quedar vinculado; bastando que ejercite el poder una vez conocida la causa de discapacidad para entender que ha aceptado el mandato. Lo que debe quedar claro al otorgarse el poder, advirtiéndolo así el Notario, que debería hacerlo constar en la escritura para que el apoderado sepa las obligaciones que contrae si lo usa una vez ya conocida la causa y convertido en mandato de apoyo o protección.⁶

El poder para antes de la discapacidad subsiste y continúa vigente sin solución de continuidad. No es preciso que se fijen las circunstancias que determinen el inicio de su ejercicio, porque el poderdante ya le ha facultado de antemano para ejercitar el poder antes de la discapacidad.

En consecuencia, a mi juicio, tampoco es necesario acreditar la situación de necesidad de apoyo, salvo que el mandante haya establecido previsiones al efecto, pues el poder ya se venía ejercitando. Sin embargo, sí, en cambio, considero necesario comunicar al juez la situación de discapacidad del mandante, así como la manifestación del mandatario de que el acto que realiza lo hace ya en nombre de la persona necesitada de apoyo. Por razones de seguridad jurídica.

En esta segunda fase, el poderdante mandante pierde el control del ejercicio del poder. No puede revocarlo, ni dar instrucciones, ni recibir del apoderado las explicaciones para el uso en un sentido o en otro del poder conferido. Lo que hace de esta medida voluntaria un instrumento no tan «voluntario», eficaz y seguro como idealmente se pretende desde la Exposición de Motivos. Sin perjuicio de su utilidad en determinados casos, y como complemento de otras medidas de apoyo, como la guarda de hecho, o la misma curatela.

⁶ Es interesante al respecto, la regulación del Código civil francés, que bajo la rúbrica «Mandato de protección futura», en su a. 489 dice: «*Cuando el mandato se establezca en virtud de escritura pública, será otorgado por un Notario escogido por el mandante. La aceptación del mandatario se efectuará de acuerdo con las mismas modalidades.*

En la medida en que el mandato no haya entrado en vigor, el mandante podrá modificarlo de acuerdo con estas mismas modalidades o revocarlo notificando su revocación al mandatario y al Notario, y el mandatario podrá renunciar a él notificando su renuncia al mandante y al Notario.»

En consecuencia, en esta fase el mandatario apoderado debe quedar sometido a control judicial, sin perjuicio de las medidas al efecto que haya establecido el mandante, en su caso.

Para recoger legalmente la especialidad referida de este poder y las exigencias de seguridad, podría redactarse el art 254 del modo siguiente:

«Se podrá otorgar poder con cláusula de que subsista en caso de que en el futuro el otorgante se vea necesitado de apoyo. Mientras ésta circunstancia no se produzca tendrá el carácter de poder ordinario.

Si sobreviniere causa que exija el apoyo, una vez conocida por el apoderado, éste deberá aceptar el poder, que tendrá carácter de mandato, y deberá ponerlo en conocimiento del Juez del domicilio del poderdante, a efectos del control de la actuación del mandatario. Cuando ejercite el poder deberá manifestar que lo hace en virtud del mandato de apoyo, por haberse producido la circunstancia prevista en el mismo.

El mandato se entenderá aceptado por el mero uso del poder, después de conocida la necesidad de apoyo. Si se hubieran fijado previsiones al efecto se estará para su acreditación a lo que dispone el artículo siguiente.»

2.2.2. Mandato exclusivamente preventivo o de apoyo

A. Concepto

A él se refiere el art. 255 del Anteproyecto disponiendo que:

«El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. Para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.»

El mandato exclusivamente preventivo o de apoyo, nace ya con tal naturaleza, y exige un tratamiento diferente. Se trata del mandato preventivo directo. Al que acompaña normal y formalmente un poder.

El principal problema es el de la fijación del momento en el que se puede ejercitar el mandato y poder.

En el precepto referido se presupone que el poderdante ha señalado o establecido previsiones para determinar cuándo se produce la provisión de apoyo. Lo que introduce la duda de si habrá que acreditarlo también en el caso de que no se hayan establecido tales previsiones. Para evitar esta indeterminación habrá que exigir o bien que se establezcan previsiones al efecto, o que se acredite el hecho de la necesidad de apoyo, en cualquier caso. Solución esta última la más razonable.

En cuanto al modo de acreditación parece suficiente el establecida en el art. 255 del Anteproyecto. Todo ello sin perjuicio de la necesaria comunicación al Juez, para que pueda, en su caso, ejercer el control. Es interesante la regulación del Código francés en este sentido.⁷

A la vista de todo lo expuesto, se podría redactar el art. 255 del modo siguiente:

«1. Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de causas que limiten el ejercicio de su capacidad, podrá nombrar mandatario para que cuide de sus intereses y otorgar a su favor poder con las facultades que estime convenientes.

2. El otorgamiento de poder exclusivamente preventivo implica el mandato, que deberá ser aceptado. Se entenderá aceptado por el ejercicio del poder.

3. Si el mandante ha señalado previsiones que determinen la situación de necesidad de apoyo, deberá el mandatario acreditar que se han producido tales previsiones y, en defecto de tales, que el mandante ya no puede proveer por sí solo a sus intereses. La acreditación se hará mediante acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore certificado de un médico elegido por este, y en ella se fije la entrada en vigor.

4. La nueva situación deberá ponerse en conocimiento del Juez del domicilio del poderdante, a efectos del control de la actuación del apoderado o mandatario.»

⁷ El Código civil francés, dentro de la sección sobre «Mandato de protección futura», dispone en el a. 481 que «El mandato surtirá efecto cuando haya quedado establecido que el mandante ya no puede proveer por sí solo a sus intereses. Este será notificado de ello en las condiciones previstas en el Código de Procedimiento Civil.

A tales efectos, el mandatario presentará ante la Secretaría judicial del Tribunal d'Instance el mandato y un certificado médico expedido por un médico escogido de la lista mencionada en el artículo 431 estableciendo que el mandante se encuentra en alguna de las situaciones previstas en el artículo 425. El Secretario judicial dará el visto bueno al mandato y establecerá la fecha de entrada en vigor, y a continuación lo devolverá al mandatario.»

B. Extensión de facultades

El art. 257 del Anteproyecto dispone que:

*«Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda **todos los negocios del otorgante**, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, **quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.**»*

Esta remisión genérica al régimen de la curatela plantea problemas de interpretación acerca de una serie de aplicaciones propias de la curatela.

El primer problema es determinar si el poder relativo a todos los negocios del mandante, poder general al que se refiere el art. 1712 Código civil, comprende sólo los actos de administración, como el mandato concebido en términos generales al que se refiere el art. 1713 Código civil, o también los de disposición.

Por otra parte, habrá que comprobar qué normas de la curatela son adecuadas o no al mandato de apoyo. Concretamente, las causas de inhabilitación del art. 270, las causas de remoción del art. 276 como de extinción, de excusión del art. 277 como de renuncia. La norma de retribución del art. 279. Aplicación de la limitación para los actos del art. 285. Exigencia de fianza del art. 282.⁸

Tal como se regula el mandato preventivo, si nada se dice y es general, al quedar sometido el mandatario al régimen de la curatela podría resultar superfluo, pues la autocuratela podría cumplir una función más eficaz.

Conviene recordar que, si se quiere mantener esta figura con toda la intensidad potencial de la voluntad del mandante, se plantean problemas de abuso y descontrol, que habrá que sopesar.⁹ De ahí la conveniencia de hacer constar el carácter de mandato de

⁸ El art. 490 del Código francés es preciso en este aspecto, cuando dispone que *«Por excepción al artículo 1988, el mandato, entendido incluso en términos generales, incluirá todos los actos patrimoniales que el tutor tenga la facultad de llevar a cabo a título individual o con una autorización. No obstante, el mandatario tan solo podrá realizar actos de disposición a título gratuito con la autorización del Juez de Tutelas.»*

⁹ Algunos autores han llamado la atención al respecto. Así WALTER BOENTE señala, con referencia a Alemania, que el mandato de protección no es la solución a todos los problemas, y pone de manifiesto los peligros de la auto organización. Señala este autor que antes de las reformas de Alemania, Suiza y Austria el mandato preventivo tenía una función de salida de emergencia de un sistema paternalista. Pero hoy en día, la protección por el Estado y la autoprotección tienen el mismo objetivo. La única diferencia está en el proceso. Señala que en Suiza en un congreso dedicado a la entrada en vigor del nuevo Derecho se ha dicho que hoy la autonomía también está respetada por el nuevo sistema de curatela. Y que en Alemania

protección o apoyo con el que se actúa, para una mayor eficacia y seguridad, dada su asimilación a la curatela en el supuesto antes señalado. Probablemente, hubiera sido adecuado remitirse también a las particularidades de la autocuratela.

No obstante, hay que reconocer la utilidad de los mandatos preventivos, sobre todo para situaciones especiales de poca duración (enfermedad que impida temporalmente tomar decisiones, etc.) y como complemento de la guarda de hecho y de la propia curatela y de la asistencia, si ésta llegase a regularse como institución distinta de la curatela.

C. Forma del poder o mandato.

El art. 258 establece que:

«Los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública.»

La intervención notarial es una garantía de seguridad para su otorgante. El Notario deberá asesorar sobre las ventajas y problemas que puede plantear su otorgamiento. Pues el apoderado podría encontrarse sorpresivamente sometido a todas las obligaciones de un curador.

Por eso, creo que el precepto debería completarse añadiendo que: «En la escritura se hará constar que una vez que se produzca la situación de la necesidad de apoyo, tendrán el carácter de mandato, y que su utilización después de que el mandatario tenga conocimiento de tal situación implica su aceptación. Igualmente se hará constar que el mandatario, si no establece otra cosa, quedará sujeto a las normas de la curatela si el mandato comprende todos los negocios del mandante y está concebido en términos generales».

Conviene que el mandato incorpore el poder en el que se establezcan las facultades del mandatario. O que se otorgue un poder paralelo y complementario y en el mandato se

hoy se aconseje no organizar la protección por apoderamientos preventivos. «*Modificaciones del sistema de protección de adultos en el Derecho alemán, suizo y austriaco después de la aprobación de la Convención de la ONU de 2006*» en *Protección jurídica de la persona con discapacidad*. Varios autores. Tirant lo Blanch, 2017. pág.348

También IGNACIO SERRANO hace hincapié en la necesidad de regular el control del mandato, señalando que el Código civil francés ha regulado el mandato de protección futura con especial cuidado. Añade el autor que los peligros de un poder, sobre todo si es amplio, son evidentes y bien conocidos, no necesitando de mayores explicaciones. Por eso W. BOENTE señala que en Alemania y Suiza se está advirtiendo que no se utilice el mandato preventivo. Y que la autotutela puede suplir el vacío que deje la falta de uso del mandato preventivo. Ob. cit. pág. 375 y 376.

recojan, además, aspectos más íntimos o personales. El poder se superpone como instrumento de legitimación de cara al exterior.

D. Extinción del poder.

Se echa de menos una regulación sistemática de la extinción del mandato preventivo o de protección, sin que baste acudir a las causas generales del mandato, dada su especial naturaleza.

Existen normas desperdigadas, mezcladas en el mismo artículo con aspectos distintos a la extinción. Así el art. 256, después de declarar en su primer párrafo, la compatibilidad con otras medidas de apoyo, añade que

«El poderdante podrá establecer las medidas de control que considere oportunas, así como determinar formas específicas de extinción del poder.»

Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador.»

También se refiere a la extinción el art. 258. Después de exigir escritura pública, mezclando la forma del poder con la extinción, añade:

«Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.»

Convendría, a mi juicio, regularse de modo completo la extinción del mandato preventivo, dada su especial naturaleza, como lo hacen otros Ordenamientos.¹⁰

El art. 256 podría recoger las causas de extinción del modo siguiente:

«Los mandatos o poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del mandante o poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.

El mandato o poder se extinguirá:

1º Por las causas fijadas en el mandato o poder.

¹⁰ Así el Código francés, en cuyo art. 483 regula especialmente las causas de extinción del mandato de protección futura.

2º Cuando, a instancia de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o del curador si lo hubiere, y en el apoderado o mandatario concurriese alguna de las causas previstas para la remoción del curador, lo ordenare la autoridad judicial.

3º Por el fallecimiento de la persona protegida.

4º Por el fallecimiento del mandatario apoderado o cuando se disponga respecto de éste medidas de protección.

5º El cese de la convivencia cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.»

En cuanto a la renuncia, no parece que el mandatario pueda, en este caso, en el que el mandato cumple una función de apoyo y protección, desvincularse sin causa. Se podría considerar que son aplicables las causas de excusa relativas a la curatela.¹¹

2.3. *La guarda de hecho*

Se dice en la Exposición de Motivos: «conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra *que en muchos supuestos* la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea.»

Esta declaración generalizadora olvida que en muchos supuestos se producen abusos y desatenciones. Parte de una realidad parcial. Es cierto que, sobre todo si se trata de guarda de hijos o nietos por los padres o abuelos, la guarda se suele hacer con afecto y generosidad. Pero conviene no olvidar que en la sociedad actual son muchas las familias con problemas de relación, y también muchos los casos de desatención familiar, sobre todo si se trata de asistencia a padres y abuelos. Hoy, a causa de las múltiples

¹¹ Coherentemente el art. 1732 2º debería modificarse suprimiendo la referencia a la representación plena, pues la confianza en la que se basa el mandato queda en vacío cuando existen causas para la protección de una persona por discapacidad.

ocupaciones y dificultades de comunicación física, sobre todo en las grandes ciudades, en la mayor parte de los casos los hijos se turnan para «asistir» a los padres; permutando según su conveniencia el día y hora, y sometiendo al discapacitado a un cambio continuo de «asistente real». En muchos casos cumplen con la asistencia a modo de obligación, que de buena gana «permutarían»; de todo lo cual, podría ser consciente el propio discapacitado, que, en tales casos, observa con tristeza el estado de ánimo del «cuidador».

Son muchos los casos, tratándose de personas mayores, en que lo hijos los «dejan» en una residencia. O delegan la asistencia en personas ajenas a la familia, extrañas, a veces doblemente, por el idioma; que, aun teniendo dotes de trato afectivo y de asistencia, no dejan de provocar problemas de comunicación, que tan importante es para las personas mayores, aisladas y temerosas.

Dos son los principales problemas que plantea esta institución. La relación negocial con terceros y el control de la gestión.

El primero se pretende resolver en el párrafo quinto del art. 261, al disponer que

«No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.»

La solución es problemática, al utilizar términos indeterminados como «escasa» y «especial significado».

En la práctica, para realizar los actos económicos normales de la vida, probablemente, no tenga que acreditar su carácter de guardador, pues lo hará anticipando el costo que suponga. Aunque para algunas actuaciones necesite acreditar que tiene la guarda.¹²

En cuanto al segundo problema, creo convendría regular el control eficaz de la actuación de la gestión. A este fin, debería añadirse la obligación de que se ponga en conocimiento del juez la existencia de la guarda de hecho. No es lógico que se mantenga oculta una situación de gestión o guarda de una persona discapacitada, por mucha relación familiar que exista, dados los problemas que puede plantar, tal como hemos visto.¹³

¹² Hoy es más fácil realizar algunas de tales actuaciones a través de tarjeta de crédito débito, o transferencias bancarias.

¹³ El Código de Derecho Foral de Aragón lo exige en el art. 157 al disponer que «El guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio fiscal».

A estos efectos podría redactarse el párrafo segundo del art. 261: «*El guardador de hecho, cuando la situación de discapacidad se prolongue más de un mes, deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial. En todo caso, cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá tramitarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso.*»

2.4. Curatela

2.4.1 Artículo 266

«Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas adoptadas deberán prever su revisión periódica en un plazo máximo de tres años, que se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.»

Este precepto, encabezando la curatela, resulta extraño desde el punto de vista sistemático, pues se refiere a todas las medidas de apoyo de carácter judicial. Por lo que la norma que contiene, debería trasladarse a las disposiciones generales del capítulo I del T. XI, o al título XII. En el caso de que se refiera exclusivamente a la curatela debería decirlo expresamente el precepto y su lugar adecuado en tal caso sería a continuación del art. 268.

2.4.2 No se recoge el derecho o deber de instar la curatela

Creo que los derechos o facultades de las personas deben estar reconocidos en la legislación sustantiva del Código civil, que es el adecuado para establecer los derechos civiles en el ámbito privado. Otra cosa es que la legitimación para promover el procedimiento judicial, en su caso, se regule en una Ley procesal.¹⁴

2.4.3. Artículo 274. 2º 3º y 4º

¹⁴ La regulación de la legitimación procesal, que recoge el art. 757 del Anteproyecto de modificación de la LEC, no justifica el apartamiento de aquellos derechos de su sede natural y adecuada, que es el Código civil.

En los supuestos en los que se llama a la curatela a descendientes, ascendientes o hermanos debería resolverse en el mismo precepto el problema que se plantea en el caso de que existan varios convivientes.

2.4.4. Párrafos 5 y 6 del art. 280

«El curador, *cuando actúe con facultades representativas*, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración.

El curador *procurará fomentar* las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su *capacidad* con menos apoyo en el futuro.»

Los valores, trayectoria vital y creencias se deberán tener en cuenta, en todo caso. Por lo que, el párrafo quinto del art. 280 debería establecer que «El curador deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo. *Cuando actúe con facultades representativas* tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración.»

En cuanto al párrafo sexto del art. 280, es repetición del último inciso del art. 248, aunque con redacción más acertada, como hemos visto al comentar este último precepto.

2.4.5. Artículo 287

«No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el *curador representativo*, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.»

En la regulación del Anteproyecto no existe un curador representativo, como tal diferenciado, a diferencia del Código civil suizo. Por lo que, para evitar confusión, debería sustituirse «curador representativo» por «curador con facultades de representación».

3. PRODICALIDAD

En la Exposición de Motivos se dice que «al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella, se ha optado por regular expresamente la prodigalidad como situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales.»

En congruencia con lo expresado en la Exposición de Motivos, el Anteproyecto separa y regula la prodigalidad en un título aparte, el XII, distinto al de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, a las que dedica el Título XI. Curiosamente, junto con las disposiciones comunes a la tutela, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo.

Esta novedad es difícil de comprender, pues no se advierte que tal distinción tenga consistencia suficiente, ni desde el punto de vista médico, pues el pródigo tiene problemas psíquicos semejantes al adicto al juego o drogas, ni jurídico ya que, en definitiva, se regula como supuesto de asistencia, como otros que entrarían dentro del amplio ámbito que se da a la curatela. Basta recordar la regulación de otros Ordenamientos.¹⁵

Resulta extraña la sistemática utilizada, al regular en título aparte la prodigalidad y junto con las disposiciones comunes a todas las medidas de protección. También el apartamiento regulatorio de las medidas de apoyo de personas con discapacidad.

Podría ser adecuado prescindir de los términos prodigalidad y pródigo, y referirse escuetamente a la descripción de la situación que provoca el apoyo, bien dentro de la curatela, bien dentro de la asistencia, si se acoge esta variante institucional. Esta última opción sería, a mi juicio, la más adecuada. Pues ya el Anteproyecto la regula como un supuesto de asistencia, bajo la rúbrica «De la asistencia en caso de prodigalidad».

Si se acepta esta solución, bastaría sencillamente añadir al tercer párrafo del art. 249 propuesto: «La asistencia procederá también cuando lo solicite una persona que habitualmente disipa sus propios bienes, malgastándolos de forma desordenada». Y recoger en la regulación de la curatela o de la «asistencia», en su caso, este supuesto especial en los términos de los párrafos segundo y tercero del art. 299 del Anteproyecto, añadiendo la particularidad del art. 757.5 del Anteproyecto de modificación de la LEC, en cuanto a las facultades para solicitar la asistencia.¹⁶

¹⁵ Así, el CC de Cataluña, que lo regula como un supuesto de curatela (art. 223-1.c.). En cambio, no se regula en el Código de Derecho Foral de Aragón, en cuya Exposición de Motivos se dice que «Las causas de incapacitación previstas en el artículo 38 no se apartan de las hasta ahora establecidas, excepto por lo que se refiere a la prodigalidad. El Derecho histórico la excluía como causa autónoma («por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón»: Observancia. 7.ª *De tutoribus*) y esto mismo expresa el apartado 3 del artículo 38.»

¹⁶ Convendría distinguir el supuesto de solicitud por el propio interesado, para el que bastaría el procedimiento de jurisdicción voluntaria, del de solicitud por las personas afectadas que perciban alimentos. En este caso parece más adecuado el procedimiento previsto para la discapacidad en general por LEC.

Conviene recordar que el Anteproyecto prescinde también aquí de regular el derecho o facultad para solicitar la asistencia al pródigo. Merece crítica tal criterio, pues, como se ha visto al analizar las demás medidas judiciales de apoyo, los derechos o facultades deben estar visibles y reconocerse en el Código de los ciudadanos, que es el Código civil; sin perjuicio de la legitimación procesal para el ejercicio de la facultad o derecho cuya sede es la LEC.

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

Este precepto merece especial reflexión pues la regulación del Anteproyecto plantea problemas y tiene lagunas que deberían ser objeto de reflexión y solucionarse.

4.1. *Los dos primeros párrafos*

Los párrafos primero y segundo disponen que:

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella *corresponderá* a los *hijos comunes* menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.»

A.– La palabra «corresponderá» no da margen a que la autoridad judicial pueda valorar situaciones que permitan y aconsejen que el uso de la vivienda familiar se atribuya a su titular, aunque no tenga la guarda de los hijos. Pudiera suceder que el cónyuge verdaderamente necesitado sea aquél, a salvo la incomodidad o posibles dificultades para los hijos, que el juez deberá valorar (lejanía del colegio al que asisten, de su entorno social, amigos, etc.). Por lo que debería quedar abierta tal posibilidad.

El Código de Derecho Foral de Aragón la recoge al establecer, en su art. 81.2, que «Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor».

Y el Código civil de Cataluña dispone que «...la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, *preferentemente*, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta» (art. 233-20.2). «*Excepcionalmente*, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado...» (art. 233-20.4.)¹⁷

En cuanto al plazo de duración, se dispone que el uso se extinga cuando todos los hijos lleguen a la mayoría de edad. Convendría dejar una cierta discrecionalidad al juez, que le permita apreciar las circunstancias de cada caso y, por lo tanto, ampliar el plazo hasta los 23 años, que es una edad razonable en relación con la independencia de los hijos.¹⁸

Además, se debería prever la extinción por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por renuncia de éste.

B.– La *referencia a los hijos comunes como titulares* del derecho de uso («corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge») induce a error, y podría ser contradictorio con lo dispuesto en el mismo precepto 96, cuando deja el control del uso en manos del cónyuge, al permitir la disposición sólo con su consentimiento.

Ya, la DGRN, en su Resolución de 27 agosto de 2008, aun considerando que no se trataba de un auténtico derecho real sino de un derecho de carácter familiar, resolvió que su titular es el cónyuge, pues es a éste al que se atribuye exclusivamente el poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En el mismo sentido se pronunció la Resolución de 19 enero 2016.

¹⁷ Añade el artículo 223-21.3 que «La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.»

¹⁸ La remisión que hace el párrafo tercero del art. 96 del Anteproyecto, cuando dispone que «extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.», no resuelve satisfactoriamente el problema. Pues habrá que tener en cuenta que en el supuesto del art. 96, se contemplan los efectos de fracaso matrimonial y protección de la familia que queda unida bajo la guarda de uno de los cónyuges. No la protección de hijos menores o discapacitados de modo directo, para lo cual existen otros medios jurídicos especiales al efecto.

Si se pretendiese establecer la posibilidad de atribuir el derecho de uso directamente a favor de los hijos, en especial en el caso de discapacitados, al margen de la convivencia, debería quedar claro en la ley.

C.– El párrafo segundo del artículo 96 resulta superfluo e induce a confusión, al disponer que los hijos mayores de edad discapacitados «se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación.»

Bastaría, a mi juicio, aclarar en el último inciso del párrafo primero que: «Si entre los hijos hubiera alguno que, haya o no alcanzado la mayoría de edad, estuviera en situación de discapacidad y precisare apoyo que hiciera conveniente el uso de la vivienda familiar, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.»

Con esta redacción tiene más sentido el párrafo tercero, que ahora sería el segundo. De mantener la redacción actual, podría entenderse fuera de su alcance el párrafo segundo actual, referido a discapacitados mayores de edad al tiempo de la nulidad, separación o divorcio.

4.2. Segundas residencias

Sería útil regular la posibilidad de que la autoridad judicial pueda atribuir el uso de otras residencias distintas de la familiar habitual; ya que en algunos supuestos tal atribución podría evitar conflictos y tensiones familiares.

El Código civil de Cataluña lo prevé expresamente en su artículo 233-20.6, cuando dice que «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otras residencias si son idóneas para satisfacer la vivienda del cónyuge y los hijos.»

Por lo tanto, considero conveniente añadir un párrafo al art. 96, que regule esta posibilidad; si bien subordinada a la petición o consentimiento del cónyuge titular de la segunda vivienda. Para evitar que se afecten bienes distintos a la vivienda familiar sin el consentimiento de su titular, ampliando excesivamente el ámbito limitativo del precepto.

4.3. Precario

Otro de los problemas no resueltos por el Anteproyecto es el de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando ésta ha sido cedida sin contraprestación por terceros.

Es interesante en este sentido la norma del Código civil de Cataluña, que dispone, en su art. 233-21, que:

«Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.»

La introducción de una norma semejante en el Código civil aclararía el problema de la vivienda cedida por terceros, generalmente los padres de los cónyuges, problema y conflictos que han tenido que resolverse por la vía judicial. Son muchas las sentencias que han tenido que atender a su solución. Entre otras, STS de 29 octubre 2008 en la que se afirma que la vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que se le hubiere atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda como vivienda familiar, por resolución judicial. En el mismo sentido STS 22 de octubre 2009, y de 13 de febrero de 2014, en la que se resolvió admitiendo que el propietario puede ejercer el desahucio contra la nuera, ya que ésta no tiene título alguno de posesión, y que tiene solo la calificación de precario y no de comodato.

4.4. Gastos

En el Anteproyecto nada se dice acerca sobre los gastos de mantenimiento de la vivienda familiar cuyo uso se atribuye al no titular. Lo que dará lugar, si no se establece en la resolución judicial, a problemas de interpretación. Que pueden evitarse regulando expresamente este aspecto.

Lo hace el Código civil de Cataluña en su art. 233-23 del modo siguiente:

«1. En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.

2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.»

Convendría añadir una norma semejante, si bien no imperativa y dando margen a que la autoridad judicial pueda determinar, en función de las circunstancias, un régimen de gastos distinto.

4.5. Disposición de la vivienda afecta al uso familiar

Establece el último párrafo del art. 96 del Anteproyecto que:

«Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.»

Este párrafo plantea tres problemas:

4.5.1. Naturaleza del uso

Sorprende que en la redacción del largo precepto se eluda calificar al uso como un derecho. La referencia es continua al uso atribuido, el uso corresponde, etc., sin que se mencione la palabra derecho, salvo en el párrafo primero al referirse a los discapacitados. Pero es evidente que se trata de un derecho, un interés jurídicamente protegido. Como se deduce del último inciso cuando, de modo un tanto incongruente, se dice que *«la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»*.

La naturaleza de este derecho podrá ser discutida. Pero la existencia de un derecho de uso con un contenido concreto y un plazo de duración es evidente. La STS de 11 de diciembre de 1992 lo consideró como un auténtico derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad. Las STS de 18 enero 2010 y 3 noviembre 2010 matizan que el CC no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de un derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán.

Por su parte, la DGRN entendió en su Resolución de 25 octubre 1999 que, con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro. Y, la Resolución de 27 agosto de 2008, consideró que se trata de un derecho de carácter familiar en el que se disocian el interés protegido por el derecho atribuido (el interés familiar, facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye la custodia) y la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge; en consecuencia, añade, no es necesario que se ese establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios pero no titulares del derecho.

El Anteproyecto elude el empleo de la palabra derecho referida al uso. No quiere el legislador entrar en el problema de su carácter o naturaleza. Sin embargo, califíquese o no como derecho real, es claro que la protección que se pretende dar a las personas beneficiarias del uso, como veremos, exige su eficacia *erga omnes*. Por lo que sería más claro referirse a derecho de uso, inscribible como tal en el Registro de la Propiedad. En lugar de utilizar el rodeo de la protección indirecta a través de la limitación dispositiva.

4.5.2. Legitimación para disponer de la vivienda y objetos de uso ordinario

En el primer inciso del último párrafo del art. 96 se exige de modo indiscriminado el consentimiento de ambos cónyuges, al margen de si el uso se ha atribuido al titular de los mismos o no.

La protección que se dispensa al derecho de uso es a través de la limitación dispositiva, al exigir el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, tiene poco sentido exigir el consentimiento del no titular cuando el uso se atribuye al cónyuge titular, a no ser que se considere que se trata de un derecho de los hijos. Lo que no concuerda con la posibilidad de disponer en tal caso por los cónyuges.

Lo más lógico y menos complicado sería configurar el uso como un derecho inscribible y como tal con eficacia frente a todos. En lugar de utilizar el recurso indirecto de la limitación o restricción a la facultad dispositiva del titular como método de protección del derecho de uso.¹⁹

4.5.3. Eficacia frente a terceros e inscripción

Establece el segundo inciso del último párrafo:

«Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Se pretende proteger el uso atribuido conforme al art. 96, que es un verdadero derecho, sea o no de naturaleza real o familiar, de un modo indirecto; asimilando el supuesto al del art. 1320 CC que establece una restricción limitativa de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia. Sin embargo, los supuestos de hecho de tales preceptos son distintos. En el art. 1320 se regula el régimen básico del matrimonio en situación de normalidad. El art. 96 atribuye un derecho específico de uso, sea cual fuere su naturaleza,

¹⁹En este sentido el art. 233-25 CC de Cataluña.

a uno de los cónyuges cuando ha desaparecido la convivencia por nulidad, separación o divorcio.

Proteger tal derecho de uso a través de la vía indirecta de limitación de la disposición resulta excesivo e inapropiado. En primer lugar, no se ve qué interés se protege cuando tal limitación afecta también al cónyuge titular al que se le concede la guarda de los hijos. Y, por otra parte, tampoco resulta lo más adecuado para evitar tensiones familiares exigir para la disposición, cuando el uso se atribuye al no titular, el consentimiento de éste.

Se trata de asegurar la efectividad del derecho de uso. Y ello deberá hacerse de modo claro y directo, no por vía indirecta de restricción a la disposición, sino por la protección directa del derecho de uso con eficacia frente a terceros mediante su inscripción. Que deberá ser obligatoria, pues están en juego los intereses de menores o discapacitados.

Tampoco se entiende bien la coordinación de la primera parte de la norma (obligatoriedad de hacer constar la restricción a la facultad dispositiva) con la segunda (la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe).²⁰

4.6. *Propuesta de redacción alternativa*

En consecuencia, el art. 96 podría quedar redactado del modo siguiente:

«1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que existan en ella *corresponde preferentemente al cónyuge* en cuya compañía queden los hijos menores o con alguna discapacidad que dé lugar a la curatela o *asistencia*.

Cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno *de los progenitores* y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente.

2. Si se trata de hijos menores el derecho de uso se extinguirá cuando todos ellos alcancen la mayoría de edad. No obstante, el juez podrá excepcionalmente, atendiendo a las circunstancias, prorrogarlo hasta que el último alcance la edad de veintitrés años. Si se trata de discapacitados la autoridad judicial determinará el plazo de duración.

²⁰ Más lógica resulta la norma del art. 91 RH, en la que parece inspirarse la redacción referida del art. 96 CC del Anteproyecto, cuando ordena, para el supuesto de exigencia de consentimiento conjunto de los cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia perteneciente a uno de los cónyuges, que en la escritura el disponente manifieste que la vivienda no tiene aquél carácter.

3. No habiendo hijos bajo guarda podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge que no tenga la titularidad íntegra de los mismos, siempre que las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.
4. La autoridad judicial puede sustituir el uso de la vivienda familiar por el de otras residencias, a solicitud del titular de éstas o con su consentimiento, siempre que sean idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y de los hijos que con él convivían.
5. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución.
6. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso. La autoridad judicial podrá establecer un régimen distinto.
7. El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella y de tales derechos sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.
8. El derecho de uso sobre la vivienda regulado en este precepto deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad y, desde entonces, será oponible a tercero.»

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018