

esta autora analiza los supuestos en que la LCCC deslegaliza la creación de otros posibles supuestos para el cálculo de la tasa anual equivalente, en el comentario a la Disposición Final cuarta de la Ley.

Fuera del ámbito estrictamente civil, otros cuatro profesores aportan su contribución a este estudio: El ya citado HEREDIA CERVANTES, quien comenta los contratos internacionales en este ámbito (en el comentario al art. 5.3). PETIT LAVALL se ocupa de una cuestión netamente mercantil, al comentar el artículo 24, dedicado a las obligaciones cambiarias, haciendo especial hincapié en la protección del consumidor de crédito cuando se utilizan efectos cambiarios. IZQUIERDO CARRASCO aborda el estudio del régimen sancionador, es decir, las infracciones y sanciones administrativas que pueden darse en este ámbito, tanto para las entidades de crédito, como para sujetos distintos a estas. MARCOS FRANCISCO comenta el artículo 35, relativo al sistema de reclamación extrajudicial, ya sea en relación con el derecho interno, y en consecuencia también con el arbitraje de consumo; o bien sea con un contrato transfronterizo que permita la posibilidad de cooperación extrajudicial, o bien someterse a soluciones extrajudiciales europeas en sede de consumo o de servicios financieros.

Revisado a vuelta pluma el contenido de la obra, podemos señalar que es francamente interesante el tratamiento práctico de cada precepto, para poder tener una visión de conjunto, no solo desde el punto de vista dogmático, sino también los problemas que se presentan en la práctica.

En términos generales, es difícil encontrar un comentario a una norma que tenga un contenido tan completo, y al mismo tiempo tan exhaustivo. Pese a la variedad de los autores, y sus distintas maneras de expresarse, el contenido resulta brillante y homogéneo. Estos Comentarios han cubierto un importante vacío existente en este sector, puesto que nadie se había atrevido a dirigir una obra de esta envergadura, aunando el esfuerzo y el saber hacer de autores que pese a su «juventud»¹, tienen detrás de sí el peso y el nombre de una buena obra.

NOTAS

¹ El profesor CARRASCO en la presentación editorial de estos Comentarios, se refirió a este conjunto de civilistas como la «generación 30-40».

MAYOR DEL HOYO, María Victoria: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 136 págs.

por

ANTONIO LEGERÉN MOLINA
Profesor Contratado-Doctor
Universidad de A Coruña

La obra objeto de esta recensión versa sobre un tema de evidente actualidad y que no está adecuadamente resuelto en el Código Civil: la *protección funcional* de las personas con discapacidad; esto es, el modo de resolver las situaciones de

desprotección real en que se pueden encontrar tales personas a pesar de estar bajo el amparo de alguna figura de guarda legal.

Por lo que se refiere a las cuestiones generales de la monografía es preciso señalar que está compuesta de ocho capítulos de desigual extensión; cuestión formal que en nada desmerece al contenido general, que está muy bien redactado y se lee cómodamente. La buena escritura tiene la ventaja de que va introduciendo al lector de manera paulatina en la materia, pero también supone cierto «peligro» pues, como te va «llevando de la mano», vas progresando página a página sin casi darte cuenta del trecho que llevas avanzado. Asimismo, hay que reconocer el mérito de la autora por efectuar un estudio del artículo 239.3 del Código Civil. Y es que, como menciona en el libro, se trata de un precepto cuya principal característica es que tiene «*incorrecciones técnicas, problemas de aplicación*», y cuando se introdujo la figura en él contenida, se hizo «*de forma incompleta*» (pág. 12). Finalmente, y antes de analizar más en detalle las partes de la obra, cabe indicar que en el estudio se contiene y se cita toda la bibliografía que en la actualidad existe sobre esta temática. No hay casi referencias jurisprudenciales por el mero hecho de que sobre esta materia son muy pocas las resoluciones dictadas, y las que hay proceden de primeras instancias y no siempre son del todo acertadas, por lo que su ausencia en la obra no perjudica al conjunto de la misma.

El objetivo que se persigue en este trabajo queda bien centrado en la *Introducción*: partir del examen de «la regulación jurídico-privada de la protección de las personas con discapacidad», para estudiar de manera detenida el «nuevo modelo» de protección funcional introducido por el artículo 239.3 del Código Civil (págs. 11 y 12). Ante la falta de complitud que presenta el texto legislativo, a lo largo del escrito se efectúan una serie de propuestas *de lege ferenda* a que luego aludiremos.

Tras la breve *Introducción* —contenida en el Capítulo I— se contienen otros tres que sitúan al lector respecto de la materia que se va a analizar. En el Capítulo II se alude a la regulación de la capacidad en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006. En esta parte, como no podía ser de otro modo, se incluyen conceptos básicos como la discapacidad o la incapacitación —incidiendo, en este caso, en su dimensión positiva y protectora, a pesar de su terminología—, se señala el *status questionis* respecto de la división entre capacidad jurídica y de obrar —a mi juicio y, de acuerdo con la autora, mantenida por la propia Convención, aunque sea con otra denominación—, y se apunta la nueva sensibilidad introducida por dicho instrumento internacional conforme a la que ha de potenciarse, en lo posible, la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad, sin descuidar, por ello, su necesaria protección. Este capítulo concluye con la mención de las normas que en nuestro ordenamiento jurídico han traspuesto —de manera incompleta— el contenido de la Convención: fundamentalmente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el ámbito legislativo, el último paso que se ha dado tuvo lugar el 19 de diciembre de 2012 con la aprobación de una Proposición no de Ley donde el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses, el Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención (cfr. Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/2011). De todos modos, a día de hoy, la remisión de tal Proyecto de Ley aún no se ha efectuado.

Los dos capítulos siguientes —el III y el IV— terminan de delinear el marco en que ha de encuadrarse la figura introducida por el artículo 239.3 del Código

Civil. Uno de ellos se dedica a la *protección institucional* que contiene el Código Civil —las instituciones legales que cabe arbitrar como medidas tutivas de menores e incapacitados— y otro a la *protección funcional*; esto es, a las medidas que cabe establecer cuando una persona, institucionalmente protegida, ya sea por medio de tutela, patria potestad u otra figura, está en situación de *desprotección real*. El análisis de ambos tipos de protección se efectúa tanto respecto de los menores como de los incapacitados. Este estudio comparativo permite concluir que mientras que aquellos gozan de una protección institucional y funcional, estos carecen de esta última; laguna que intentó colmar el legislador con el precepto que comentamos aunque de manera más que insuficiente. En efecto, mientras que en la protección institucional de menores e incapaces existen una serie de piezas o figuras que componen un «puzzle perfecto en el que cada una encaja en el hueco que el legislador ha previsto» (pág. 28) —patria potestad, asistencia, tutela, curatela y defensor judicial por lo que hace a los menores; y patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, curatela y defensor judicial respecto de los incapacitados— no sucede lo mismo en el ámbito funcional. En este ámbito se aprecia una evolución despareja: mientras que respecto de los menores, por medio de diversas reformas legales, se introdujo la tutela y la guarda administrativa ante una situación real de desamparo —o para evitarlo—, hasta el año 2003 nada se contemplaba en el ordenamiento jurídico respecto de los incapacitados, no siendo de aplicación analógica las figuras referidas a menores.

Como se ha dicho, a fin de llenar este hueco, el legislador introdujo el artículo 239.3 en el Código Civil por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. De entrada, sorprende que la figura tutiva introducida en dicho precepto sea fruto de una ley de neto contenido patrimonial en la que, además, no queda claramente determinado el ámbito personal al que se aplica: a veces parece referirse a las personas con discapacidad y en otras parece exigir sentencia de incapacitación. Junto con ello, el carácter tangencial de tal disposición en el marco de dicha Ley explica los numerosos errores que contiene y que en la obra se desgranen: desorden sintáctico, falta de concreción de los supuestos de hecho, lenguaje poco preciso desde un punto de vista técnico, etc. De entre ellos, destaca la falta de rigor en la determinación de los destinatarios: el artículo 239.3 del Código Civil no señala con claridad si solo se refiere a incapacitados —como defiende la autora— o incluye también a los incapaces naturales —como defienden otros autores—. En el texto se desestima esta última posibilidad con una serie de argumentos lógicos, aunque la ambigüedad y la falta de técnica de la norma permite defender también la otra opinión. Por tanto, a pesar de ser la protección funcional una demanda muy solicitada por la doctrina, ha sido criticada con la misma intensidad: el legislador ha efectuado un tímido acercamiento a la protección funcional de los incapacitados, a todas luces insuficiente.

Los supuestos de hecho ante los que «*la entidad pública (...) asumirá por ministerio de la ley*» la tutela del incapaz son los dos siguientes: que «*ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor*» y que «*este [el incapaz] se encuentre en situación de desamparo*». Respecto de ellos, la autora señala que el legislador «ha utilizado la capa de la *tutela administrativa* para cobijar dos supuestos en que la Administración asume la tutela, pero que responden a estructuras jurídicas distintas» (pág. 48). En efecto, según se expone en el libro, en dicho precepto se mezclan «con una mala técnica jurídica, dos cosas bien distintas» (pág. 48): una tutela ordinaria ejercida por la entidad pública y una tutela administrativa de carácter automático cuando existe desamparo.

Por lo que se refiere al primer supuesto ante el que surge la figura tuitiva a cargo de la entidad pública —que «*ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor*»— la autora indica que es «una norma de cierre en el orden de preferencias para nombrar tutor ordinario por parte del juez» (pág. 48). Si ello es así, la novedad de este primer supuesto de hecho del artículo 239.3 del Código Civil consiste únicamente en el reconocimiento legislativo de un modo de proceder al que ya se acudía en la práctica cuando no existían personas idóneas para el cargo de tutor. Ahora bien, si tal es la finalidad pretendida por el legislador, se olvidó resolver la discrepancia existente entre los artículos 235 y el 239.3 del Código Civil, pues ambos establecen una solución supletoria ante la inexistencia de tutor. De todas maneras, ha de apuntarse que este primer supuesto de hecho, así concebido, continúa moviéndose en el ámbito de la *protección institucional*. En consecuencia, es únicamente el segundo supuesto el que resulta innovador en materia de *protección funcional* de incapacitados; esto es, para los casos en que la institución de guarda legal a que estén sometidos «no les ofrezca asistencia real, hallándose de hecho desprotegidos» (pág. 54). Para remediar tales situaciones, según señala el artículo 239.3 del Código Civil, surgirá la tutela a cargo de la entidad pública. A esta «tutela administrativa» se dedica el Capítulo VI; el más extenso —lógicamente— de toda la obra.

En varios momentos de la monografía se destaca la conveniencia de la tutela administrativa, pues las situaciones de personas incapacitadas en que, pese a la protección institucional, exista una desprotección real necesariamente han de abordarse y resolverse. Con esta figura se completaría el sistema tuitivo referible a los incapacitados que, como hemos señalado, evolucionó de manera más lenta que el relativo a los menores en lo que a la protección funcional se refiere. Ahora bien, es un hecho palpable que «el legislador se limita a “introducir” la figura sin más. No regula su régimen jurídico: no hay una sola norma que la desarrolle. Y tampoco realiza ninguna remisión a otras normas (...) Con lo cual existe un vacío normativo que dificulta considerablemente la aplicación de la figura creando inseguridad jurídica» (pág. 60). En tal sentido, la autora ofrece una explicación de la tutela administrativa introducida por el artículo 239.3 del Código Civil, adaptada a la realidad de los incapacitados a la vista de que no en todo caso resultan aplicables por analogía las normas de la tutela administrativa de menores.

En primer lugar se critica —y a mi juicio, con acierto— la ubicación sistemática del artículo 239.3 del Código Civil y se sugiere una alternativa: añadir un capítulo específico —el VI— al final del Título X del Libro I del Código Civil, que se dedicaría al desamparo de menores e incapacitados, ocupando los preceptos que actualmente están vacíos de contenido —los arts. 307 a 313 CC—. A continuación se analizan los elementos personales de la tutela administrativa. Por lo que hace al sujeto pasivo, el artículo 239.3 del Código Civil menciona al *incapaz*. La profesora MAYOR DEL HOYO entiende que dicho término única y exclusivamente alude a las personas cuya capacidad de obrar está judicialmente modificada, excluyendo a los incapaces naturales. Ello resulta perfectamente coherente con la configuración de la tutela administrativa como una tutela ordinaria, pero de carácter especial (págs. 65, 79 y 87). Admitir lo contrario supondría, como bien se señala, una quiebra en el sistema diseñado por el Código Civil para la capacidad y no parece haber sido tal la finalidad del legislador (págs. 64 a 66). Por lo que se refiere al sujeto activo de la tutela, viene determinado por el propio precepto: «*la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces*». En la obra se desgranan de manera totalmente correcta los dos criterios competenciales de atribución de la tutela contenidos en dicho inciso: el objetivo y el territorial.

En lo que atañe al supuesto de hecho ante el que surge la tutela administrativa —que «*este se encuentre en situación de desamparo*»—, viene configurado por el desamparo que, como bien se apunta, es una situación de hecho (pág. 77), que puede proceder de la falta de ejercicio o de un ejercicio deficiente de los deberes de protección establecidos por las leyes (pág. 77), que las causas que lo motiven resultan indiferentes (pág. 80) y que ha de producir, en todo caso, un resultado específico: la desatención material o moral (pág. 81). En este ámbito se ha de reconocer la dificultad existente, y que la autora pone de manifiesto, para señalar quién habría de ser la persona a la que *le incumben* los deberes establecidos por las leyes, si en esta tutela se comprendiesen también los incapaces naturales. Al margen de esta cuestión, el reconocimiento de la situación de hecho del desamparo corresponde, como parece lógico, a la Administración por medio de una resolución administrativa que, por analogía con el artículo 172.6 del Código Civil, es recurrible ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa.

Delimitados los elementos personales y el supuesto de hecho, la obra continúa con el examen de las características, el contenido y el modo de ejercicio de la tutela administrativa de las personas incapacitadas; figura que es concebida por la profesora MAYOR DEL HOYO, como hemos dicho, como «una tutela en sentido estricto, aunque un tanto especial» (pág. 87). A modo de síntesis de lo que la autora señala, el contenido de la tutela administrativa «queda dibujado en términos absolutos por las normas propias de la tutela: guarda del incapacitado —art. 269 CC—, administración de sus bienes —art. 270 CC— y representación —art. 267 CC—. Pero, después, el contenido de cada tutela concreta vendrá determinado, dentro de esas líneas que delimitan el contorno genérico de la figura, por la correspondiente sentencia que modifique la capacidad de obrar, dado que en ella consta la graduación de dicha capacidad y, por tanto, las necesidades tuitivas de esa persona, que no han sido satisfechas por quien ostentaba la correspondiente potestad» (pág. 91). Este capítulo sexto termina con un examen de la vigilancia de esta modalidad de tutela por parte del Ministerio Fiscal y la posibilidad de inscribirla en el Registro Civil de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil.

Los dos últimos capítulos resultan, a mi juicio, extraordinariamente novedosos y una apuesta de futuro que efectúa la autora. En efecto, ya hemos dicho que el artículo 239.3 del Código Civil hizo un tímido acercamiento a la protección funcional sin establecer los modos de llevarla a cabo. Tal es la tarea que aborda con acierto la profesora MAYOR DEL HOYO en estos capítulos. En el Capítulo VII alude a la guarda administrativa de los incapacitados que habría que introducir en la regulación para cuando se prevea un desamparo futuro y, precisamente para evitarlo (págs. 99 y 100). En efecto, al igual que sucede con los menores, también puede haber situaciones complicadas para los encargados de la guarda legal de los incapacitados que les dificulten o imposibiliten temporalmente el ejercicio de esa guarda. La instauración de la guarda administrativa para tales casos sería un beneficio directo para el propio incapacitado. Según sugiere la autora, su constitución podría realizarse previa solicitud de los padres o tutores a la Administración o por resolución judicial, pero sin que resulte posible que la entidad pública la asuma de oficio, pues todavía no ha sido decretada la situación de desamparo. En cualquier caso, la constitución de la guarda administrativa conllevaría la asunción de la guarda por la entidad pública cuyo contenido «se identificaría con el contenido personal básico de la patria potestad o de la tutela, debiéndose prestar especial atención a las previsiones concretas de la sentencia de incapacitación» (pág. 103). Así las cosas, en el resto del capítulo la autora analiza los efectos de la

constitución de tal guarda, los motivos o causas de cese, así como su posibilidad de anotación registral.

Algo similar a lo que se efectúa en relación a la guarda, se lleva a cabo en el Capítulo VIII, respecto del acogimiento familiar como un modo de ejercicio de la guarda —tanto en caso de tutela administrativa como de guarda administrativa— que bien puede aplicarse —con las necesarias adaptaciones— a los incapacitados. La introducción de esta figura supondría acercar nuestro ordenamiento a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 2006, pues se daría preferencia a la familia o al entorno familiar en el mundo de la discapacidad, así como se garantizaría un mayor respeto a la voluntad y preferencias de la persona (pág. 111). En las páginas que siguen, la profesora MAYOR DEL HOYO delinea las características de este acogimiento: su contenido se identificaría con el aspecto personal de la patria potestad y la tutela (pág. 112), podría ser residencial o familiar, sin necesidad de mantener, en este último caso, la división tripartita existente para los menores (págs. 112 y 115 y sigs.), podrían ser acogedores tanto una persona sola como varias (pág. 113), y su constitución podría realizarse mediante resolución administrativa —cuando sea un modo de ejercer la guarda inherente a la tutela o a la guarda administrativa— o por medio de un escrito —cuando, no mediando tales figuras, se constituya voluntariamente por las partes implicadas—; eso sí, con la correspondiente autorización, bien de la Administración, bien del juez. El contenido de ese escrito es objeto de análisis detallado por la autora, que concluye el capítulo señalando los supuestos en que cesaría tal acogimiento (pág. 126).

Examinado de manera somera el contenido general de la obra —pues hay otros muchos aspectos que serían dignos de comentar—, solo me resta señalar tres cuestiones. La primera: a lo largo de la obra se hacen referencias continuas al Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, pues, como se señala, fue la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona —ahora recogida en dicho Código— la primera que reguló de manera completa un sistema de protección funcional de los incapacitados. En efecto, fundamentalmente en los artículos 118 a 122 y 160 y siguientes se contiene una regulación coherente de la protección funcional —desamparo, tutela administrativa, guarda de la Administración y acogimiento de menores e incapacitados— que puede servir de ejemplo y de norma de referencia en la futura —si es que llega— regulación de la tutela administrativa en el marco del Código Civil.

La segunda: que a lo largo de las páginas de esta monografía la profesora MAYOR DEL HOYO efectúa, con acierto, una aplicación de los supuestos de autotutela del artículo 223 del Código Civil a la figura que se examina, adaptada en cada caso a las circunstancias.

Y la tercera cuestión que debo señalar es que la presente monografía constituye una obra de consulta obligada para todos aquellos que pretendan tener un conocimiento cabal de la *protección funcional* de los incapacitados. Por tal motivo, no me queda más que felicitar a su autora, pues se trata de una obra sólida, coherente y de muy amena lectura.