

La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad

por

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO:

1. DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR.
2. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR:
 - A) *Consideraciones generales.*
 - B) *Especial referencia a la facultad de representación.*
3. APORTACIONES DE BIENES O DERECHOS AL PATRIMONIO PROTEGIDO:
 - A) *Régimen jurídico.*
 - B) *Constancia registral de los bienes y derechos.*
 - C) *Afección de los bienes y derechos.*
4. LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.

III. SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, responde al mandato a los poderes públicos, contenido en el artículo 49 de la Constitución Española, de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, estableciendo los mecanismos necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida disfrutar de los derechos que reconoce la Constitución a toda persona, y pretende atender a la preocupación de muchas familias, que desean tener prevista la situación en que quedará su familiar discapacitado cuando sus progenitores o tutores no puedan hacerse cargo de él, pues, aun cuando el Estado les otorgue prestaciones sociales, beneficios fiscales, subvenciones, etc., es básicamente la familia la que ampara y mantiene económicamente a estas personas.

Con esta finalidad, la Ley prevé la creación de un patrimonio protegido, es decir, un conjunto de bienes y derechos —carente de personalidad jurídica propia— vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario y aislado del resto del patrimonio, sometiénolo a un régimen de administración y supervisión específico, en beneficio de una persona discapacitada (vid. ap. II.1.º, 2.º y 3.º EM y art. 1.1) —siempre que cumpla los requisitos del art. 2.2, o sea, estar afectada bien por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o bien por una minusvalía física o sensorial superior al 65 por 100, y con independencia de que concurran o no en ella las causas de incapacitación judicial del art. 200 del Código Civil y de que, concurriendo, haya sido o no judicialmente incapacitada (ap. II, párr. 4.º EM)—, que será su titular (art. 2.1).

Este patrimonio puede ser constituido por la propia persona con discapacidad, si tiene capacidad de obrar suficiente, o por sus padres, tutores o curadores cuando carezca de ella [art. 3.1.a) y b)]. También el guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica, podrá constituirlo con los bienes que los padres o tutores del discapacitado le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por ellos [art. 3.1.c)]. Del mismo modo, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar a la persona con discapacidad o, si ésta no posee capacidad suficiente, a los padres, tutores o curadores la constitución del citado patrimonio si hace, al mismo tiempo, una aportación de bienes y derechos suficiente para ese fin, pudiendo acudir al Fiscal en caso de negativa injustificada de éstos, para que inste al Juez a que proceda a su constitución (art. 3.2) (1).

(1) Visto lo dispuesto en el artículo 3, surge la duda de si pueden los padres, tutores, curadores y guardadores de hecho constituir el patrimonio protegido en beneficio de un

El patrimonio protegido se constituirá en documento público o por resolución judicial, si es el Juez el que lo ha constituido (art. 3.3, párr. 1.º), debiendo constar en dicho documento, junto con el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio, las reglas para su administración y, en su caso, fiscalización —incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización—, y cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo (art. 3.3, párr. 2.º).

Una de las principales notas características del patrimonio protegido es estar sometido a un régimen especial de administración. Como en cualquier patrimonio, el nombramiento de un administrador y el establecimiento de unas reglas de administración se hace imprescindible para el mantenimiento y la mejora de la productividad del mismo, con la particularidad de que, en el supuesto analizado, es preciso destacar que la finalidad del patrimonio protegido es cubrir las necesidades vitales de su beneficiario. Por otro lado, dada la especial situación en la que se encuentran las personas con discapacidad, es indispensable, además, fijar un sistema de supervisión de la actuación del administrador, sobre todo en los casos en los que el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente.

De todas estas cuestiones nos vamos a ocupar en las páginas que siguen.

discapacitado con capacidad de obrar suficiente. La respuesta ha de ser afirmativa, puesto que la Ley, al tratar de la administración del patrimonio protegido en el artículo 5, tiene en cuenta dicha posibilidad. Así, en su número 1.º regula la administración cuando el constituyente es el propio beneficiario del mismo, y en el número 2.º cuando el constituyente es un tercero, imponiendo al administrador la obligación de obtener autorización judicial en determinados casos, de cuyo cumplimiento le exime si el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente. A mayor abundamiento, pueden citarse algunas afirmaciones de la Exposición de Motivos; por ejemplo, en el apartado III dice: «cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.1 de la Constitución), *no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad*», y en el IV afirma: «dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad, cuando ella misma haya constituido el patrimonio, sea *porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero*» (la cursiva es mía).

II. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR

Si la persona con discapacidad posee capacidad de obrar suficiente, la administración podrá corresponder al mismo discapacitado o a otra persona, ya porque así lo ha querido el discapacitado cuando él mismo haya constituido el patrimonio protegido, ya porque lo haya aceptado cuando el constituyente sea un tercero; si aquél no tiene esa capacidad, corresponderá a sus padres o tutores o, si así lo decide el constituyente, a otra persona distinta (vid. ap. IV, EM y art. 5), sin que en ningún caso puedan ser administradores —dice el art. 5.5— «las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial, que, en su caso, fueran aplicables». De modo que, atendiendo a lo dispuesto en el Código Civil, podrán ser administradores del patrimonio protegido todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no concurra en ellas alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos 243 a 245 (art. 241) (2),

(2) Artículo 243: «No pueden ser tutores:

1.º Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.

2.º Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.

3.º Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.

4.º Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela».

Artículo 244: «Tampoco pueden ser tutores:

1.º Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.

2.º Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.

3.º Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

4.º Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.

5.º Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona».

Artículo 245: «Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

Para RIVERA ÁLVAREZ, la remisión a estos artículos plantea «no pocos problemas cuando se trata de nombramiento por el propio beneficiario, especialmente en cuanto a las posibilidades señaladas en el artículo 246 del Código Civil» («Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, pág. 99, nota a pie de página núm. 20). Este artículo dice que «las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4.º y 244.4.º, no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de la última voluntad de los

y también las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242).

En opinión de SERRANO GARCÍA, es posible que de la composición del patrimonio protegido resulte que estas personas jurídicas no sean las entidades más adecuadas para la gestión de alguno de ellos, como, por ejemplo, cuando su composición sea la que señala el artículo 8: «participaciones en fondos de inversión, acciones o participaciones en sociedades mercantiles»; una entidad especializada, aunque tenga finalidad lucrativa, es más adecuada para gestionar un patrimonio con esta composición que las actuales personas jurídicas tutoras (3).

Ello tendría sentido si el patrimonio protegido estuviese compuesto única y exclusivamente por ese tipo de bienes, pero hay que tener presente que lo habitual es que en un patrimonio se encuentren bienes de distinta naturaleza, en cuyo caso parece más conveniente atender al criterio del Código de acudir a las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados; es más, aun cuando en el momento de la constitución del patrimonio y del nombramiento del administrador, aquél esté compuesto por un tipo de bienes específico, ello no implica que esa composición se mantenga durante toda la vida del mismo, puesto que es posible que se vea alterada por aportaciones posteriores.

Si no se puede designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el Juez competente, a solicitud del Ministerio Fiscal, proveerá lo que corresponda (art. 5.6), es decir, el Juez podrá tanto nombrar administrador, como establecer para el caso concreto las reglas para la designación (4).

Advierte LÓPEZ-GALIACHO PERONA sobre «la posible coexistencia de varios administradores sobre el patrimonio general del discapacitado incapacitado. Así, por una parte, estaría el tutor que por ministerio de la ley tiene encomendada la administración de su patrimonio; por otra, el administrador nombrado para gestionar específicamente el posible *patrimonio protegido*; pero también, si se hubieran deslindado —como prevé el art. 236 del Código

padres cuando fueran conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

(3) SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, octubre-diciembre, 2004, pág. 248.

En el mismo sentido RIVERA ÁLVAREZ, quien añade que «la falta de ánimo de lucro de las entidades no garantiza que no pueda haber cierto conflicto de intereses en la gestión patrimonial cuando dichas entidades se dedican también a la atención personal o cuando obtienen una retribución por los servicios ofertados» («La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RDP*, núm. 89, 2005, pág. 69).

(4) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *Una perspectiva civil...*, cit., pág. 99.

Civil— las funciones de tutor del patrimonio y tutor de la persona del tutelado, se nombraría un tutor para gestionar el patrimonio del incapacitado; y, a mayor abundamiento, cabe también que en la práctica se nombrara un cuarto administrador patrimonial, como sería aquél que tiene encargado, por la persona que realiza la atribución, el gestionar aquella serie de bienes dispuesta a título gratuito a favor del tutelado, cuando la aportación se haya querido hacer al margen de la figura del *patrimonio protegido*, y sí, en cambio, por la vía permitida en el artículo 227 del Código Civil» (5).

En función de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley, el cargo de administrador, cuando no corresponda al beneficiario del mismo, lo que conlleva su representación legal, debe inscribirse en el Registro Civil.

2. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR

A) *Consideraciones generales*

Respecto de las facultades del administrador del patrimonio protegido, no se plantea la discusión en torno a si se incluyen o no las dispositivas, como ocurre, por ejemplo, en el caso del administrador de los bienes nombrado por el disponente a título gratuito (art. 164.1 y 227 del Código Civil), puesto que la propia Ley, en su artículo 5.2 —como más adelante veremos— lo contempla, y en el apartado IV de la Exposición de Motivos dice que «el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición». De este modo, el administrador podrá realizar, respecto de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, tanto actos de administración en sentido estricto como actos de disposición.

En el estudio de las reglas de administración del patrimonio protegido hemos de distinguir dos supuestos, según sea o no el beneficiario el constituyente del mismo. En ambos casos, la administración se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución pero, en el segundo, o sea, cuando el beneficiario no es el constituyente del patrimonio, dichas reglas deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial, que fueran aplicables (art. 5.1 y 2, párr. 1.º). Sin embargo, el régimen de la autorización judicial se flexibiliza, pues se exime al administrador de su obtención cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente (art. 5.2, párr. 2.º) y se

(5) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero, 2005, págs. 52 y 53.

establece la posibilidad de que los constituyentes o el administrador insten al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza (art. 5.3).

Respecto de esta última posibilidad, dice RIVERA ÁLVAREZ que «el legislador se ha cuidado de permitir justificaciones para la exoneración de la autorización judicial: unas de orden subjetivo, como la de la solvencia del administrador o la condición del discapacitado —ya que pudiere éste tener capacidades naturales de comprensión y volición que permitan poder eludir la intervención del juez, siendo que él mismo puede realizar un control previo y posterior de la administración—; otras de orden objetivo, a partir de la composición del patrimonio —imaginemos una cartera de valores de alto riesgo que necesita de medios rápidos de control previo de actividad—» (6).

Por tanto, si el beneficiario no es el constituyente del patrimonio protegido y, además, no tiene capacidad de obrar suficiente, el administrador requerirá autorización judicial en los mismos casos en los que se le exige al tutor, es decir, los actos comprendidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil.

Según el primero de los citados artículos, «el tutor necesita autorización judicial:

- 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
- 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

(6) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit, pág. 71.

- 10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título onerosos los créditos de terceros contra el tutelado».

Algunos actos contenidos en este artículo no son compatibles con el cargo de administrador del patrimonio protegido ni con la finalidad a la que tiende dicho patrimonio. No cabe duda de que el internamiento es uno de ellos, por afectar a la esfera personal de la persona, pero incluso es posible encontrar algún ejemplo entre los de carácter patrimonial: así, la renuncia de derechos y las disposiciones a título gratuito, salvo que por circunstancias excepcionales el mantenimiento del bien en el patrimonio protegido del discapacitado suponga un grave perjuicio para el mismo.

Por su parte, el artículo 272 del Código Civil establece: «No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial».

Puede ser que el administrador tenga que intervenir en la división de un bien en el que el discapacitado sea copropietario y dicho derecho de copropiedad forme parte del patrimonio protegido, pero no parece factible que el administrador, dada la naturaleza de su cargo, intervenga en la partición de una herencia.

En opinión de LUCINI NICÁS, los artículos 271 y 272 del Código Civil plantean problemas de interpretación sobre el alcance de las facultades del tutor, que se trasladan ahora al patrimonio protegido; por tanto, lo deseable será, dado que la ley lo permite, establecer un conjunto de normas lo más claro posible, evitando la remisión a las normas de la tutela (7).

La normativa actual en materia de autorización judicial presenta problemas muy importantes, derivados no solo de la dificultad, en algunos casos, de interpretar los términos utilizados por el artículo 271 del Código Civil, sino de las carencias que el mismo presenta, echándose en falta una enumeración clara, concreta y precisa de los actos para los que los padres necesitan autorización judicial, es decir, puede afirmarse que dicha normativa es insuficiente y confusa. Insuficiente, porque estos artículos se limitan a enumerar sin más dichos actos, echándose en falta una regulación más detallada (por ejemplo, se exige autorización judicial para «entablar demanda» pero no se dice nada del allanamiento) y la inclusión de otros supuestos, como el aval, la fianza, la adquisición de condición de socio, etc., por lo menos en sentido similar al Código de Familia de Cataluña (arts. 151 y 212); y confusa, porque se utilizan términos tan ambiguos como el de «objetos preciosos», «valores mobiliarios» o «gastos extraordinarios en los bienes», de difícil determinación.

(7) LUCINI NICÁS, J. A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *Act. Civ.*, núm. 14, julio, 2004, pág. 1628.

Una de las mayores carencias, en esta materia, es el silencio del legislador en relación a la cuestión de qué ocurre cuando los representantes legales celebran actos o contratos sin la previa autorización judicial. La solución no es fácil, como lo demuestra que este supuesto ha sido objeto de numerosos debates doctrinales, sin haberse encontrado una solución definitiva, y de sentencias contradictorias. Se debe resaltar la trascendencia práctica de la cuestión planteada, pues de la postura que se tome en cuanto al régimen jurídico a aplicar resultarán consecuencias jurídicas muy distintas. En mi opinión, los negocios celebrados por los padres o tutores en nombre de sus hijos o tutelados sin la autorización judicial exigida en los artículos 166 y 271 del Código Civil son negocios en los que concurren los elementos esenciales previstos en el artículo 1.261 del Código, pero que adolecen de una irregularidad en su estructura al haberse realizado sin poder suficiente, lo que determina su nulidad de pleno derecho (art. 1.259 del Código Civil). Ahora bien, como la nulidad viene establecida en interés de los menores o incapacitados, será relativa —sólo a ellos corresponde la acción de nulidad—, con la consecuencia de que, una vez adquirida la capacidad de obrar necesaria para celebrar el negocio de que se trate, puedan ratificar la gestión del representante si estiman que les es favorable. La ratificación habrá de producirse antes de que el tercero que contrató con el representante revoque su consentimiento, en los casos en que a éste le es atribuida tal facultad (8).

Obsérvese que la exigencia de autorización judicial para los actos de los artículos 271 y 272 del Código Civil, relativos a la tutela, se aplica no sólo cuando el administrador es el tutor de la persona con discapacidad, sino también cuando lo son los padres u otra persona distinta; de forma que los padres titulares de la patria potestad de su hijo discapacitado tendrán más limitaciones en relación a la administración del patrimonio protegido de éste que respecto del resto del patrimonio del mismo. No obstante, el establecimiento de un criterio uniforme es lógico y acertado, toda vez que las circunstancias en las que se puede encontrar el administrador con respecto del beneficiario son muy variadas, no sólo por el hecho de que el administrador sea una persona distinta de los padres, sino también porque pueden serlo éstos respecto de un hijo discapacitado sobre el que no ostenten la patria potestad ni la tutela, y porque es posible la excepción de la autorización judicial por el juez en determinados casos (9).

(8) Sobre las cuestiones que plantean los artículos 271 y 272, vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

(9) En contra, LÓPEZ-GALIACHO PERONA considera que, respecto de la administración de los padres, hubiera sido correcta una remisión específica al artículo 166 del Código Civil (*ob. cit.*, pág. 50, nota a pie 41).

Es igualmente acertada la flexibilización del régimen de autorización judicial para los actos recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil (en este último artículo lo que se prevé es una aprobación judicial). Con ello, a la vez que se establece un sistema de control sobre la actuación de los administradores, para proteger los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, se adecuan las reglas de administración del patrimonio protegido a las circunstancias especiales de cada caso concreto, dejando al arbitrio del juez la posibilidad de eximir a los administradores de la necesidad de obtener la autorización judicial en ciertos supuestos. Se evitan así muchos de los problemas que plantea dicha autorización en relación a la patria potestad y a la tutela, como, por ejemplo, el entorpecimiento que supone obtenerla para vender acciones que cotizan en bolsa. La solución adoptada por la ley de dejar en manos del juez la posibilidad de liberar al administrador de la necesidad de autorización judicial, atendiendo al caso concreto, para evitar que esta medida, impuesta en principio en beneficio de las personas con discapacidad, tenga un efecto contrario, es más acorde con los intereses de los beneficiarios del patrimonio protegido que el establecimiento en la propia ley de excepciones específicas, las cuales pueden ser convenientes en unos casos, pero no en otros.

Sería deseable el establecimiento de una regla similar en el Código Civil que atenuase la rigidez con la que está concebida la exigencia de autorización judicial de los artículos 166 y 271, puesto que en estos casos también estamos ante patrimonios administrados por personas distintas de su titular. Si, en el supuesto de administración de un patrimonio protegido, la posibilidad de prescindir de autorización judicial se prevé para establecer unas reglas de administración adecuadas al caso concreto, con la finalidad de proporcionar el mayor beneficio posible a la persona con discapacidad, tales consideraciones deberían tenerse presentes igualmente cuando se trata de la administración de patrimonios de menores o incapacitados.

Para RECOVER BALBOA, la flexibilización de la autorización judicial aporta algo nuevo en relación con la normativa anterior, y apunta a que, al menos, se establece una posible posición similar en la nueva y futura regulación de la jurisdicción voluntaria (10). Incluso, este autor aboga por empezar a con-

(10) El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, año 59, núm. extraordinario 1, 2005) no establece ninguna medida que suponga una flexibilización del régimen vigente de solicitud de autorización judicial, limitándose a regular el procedimiento para obtener dicha autorización en los casos en los que la legislación la requiera. Así, el artículo 100, titulado *Ámbito de aplicación* y recogido en el Capítulo VIII («De los actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapacitados y de la transacción acerca de sus derechos») del Título III («La jurisdicción voluntaria en materia de personas») del Anteproyecto, establece: «Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que, conforme a las leyes, se exija previa autorización judicial para realizar actos de disposición o gravamen

fiar en los padres y tutores, de forma que, en vez de solicitar autorización judicial, deban comunicar al juzgado lo que se va a realizar, y éste efectúe una valoración presumiendo *a priori* válida la actuación, y no al contrario; mostrándose partidario, además, de que algunas actuaciones de la jurisdicción voluntaria puedan pasar de la actuación judicial a la notarial, para que el fedatario público dé fe, documentalmente, de que el acto jurídico responde a los criterios legales establecidos, y ello porque hay que valorar la situación y la necesidad de la persona incapaz y la posición asumida por su tutor, que puede haber adoptado la mejor decisión para la administración del patrimonio de aquél, pero se ve obstaculizada por la mecánica judicial (11).

Sin embargo, MONTES REYES piensa que la exención de autorización judicial en determinados supuestos «no va a solucionar el problema, ya que la exención deberá ser concedida con anterioridad atendiendo a la «composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza» (art. 5.3). El problema es el mismo que para obtener la autorización» (12). Ciertamente, para obtener la exoneración de la autorización judicial habrá que seguir unos trámites y requerirá un periodo de tiempo más o menos largo, pero lo importante es que, una vez concedida, podrán realizarse actos sin necesidad de solicitar la autorización, lo cual, sin duda, supone una importante ventaja para los intereses del discapacitado. En efecto, es posible que, atendiendo a la composición del patrimonio, fuera necesario realizar un tipo concreto de actos con cierta frecuencia (por ejemplo, la venta de acciones que cotizan en bolsa, expuesto anteriormente); la dispensa de autorización judicial supone una agilización para la realización de esos actos y, consiguientemente, un beneficio para el patrimonio de la persona con discapacidad.

Cabe preguntarse si sería posible que el aportante eximiese de la necesidad de autorización judicial al administrador del patrimonio protegido.

En el caso del administrador especial de los bienes de menores e incapacitados nombrado por el disponente a título gratuito —regulado en los arts. 164 del Código Civil, para la patria potestad, y 227 del mismo Texto legal, para la tutela—, discute la doctrina sobre la posibilidad de que el

sobre bienes o derechos de menores o incapacitados y para transigir acerca de sus derechos» (vid. arts. 101 a 107).

(11) RECOVER BALBOA, T., «La próxima reforma de la jurisdicción voluntaria. Su incidencia en el ámbito de la tutela: nombramiento de tutor, rendición de cuentas, autorización judicial, remoción, excusa, subasta para venta de bienes... Propuesta de *lege ferenda*», en la obra *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pág. 341.

(12) MONTES REYES, A., «La próxima reforma de la jurisdicción voluntaria. Su incidencia en el ámbito de la tutela», en la obra *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pág. 331.

disponente pueda eximir al administrador de la necesidad de autorización judicial, sobre todo por la afirmación del primero de los artículos citados de que «se cumplirá estrictamente la voluntad de éste (disponente a título gratuito) sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos» (13).

Sin embargo, en relación al patrimonio protegido, no encontramos en la Ley ninguna norma en la que basar la posibilidad de que el aportante libere al administrador de la necesidad de la autorización judicial. Lo único que se le permite al aportante, al hacer la aportación, es establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido (art. 4.3).

Por otro lado, el artículo 5 es claro al decir que, cuando el beneficiario no tenga capacidad de obrar suficiente, las reglas de administración estable-

(13) La mayoría de la doctrina admite que el disponente, ejercitando la facultad que tiene para establecer reglas especiales de administración, exima al administrador del requisito de la autorización judicial, dado que el precepto no recoge ninguna excepción a la regla de que se cumpla *estrictamente* la voluntad del disponente. Vid. ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, pág. 47; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1107; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, I, 3.ª ed., Aranzadi, 1983, pág. 618; GONZÁLEZ LAGUNA, M., «Bienes de menores y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, septiembre-octubre, 1985, págs. 1181 y 1185; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, T. II, Reus, Madrid, 1957, pág. 54; MARTÍNEZ SANCHIZ, «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia», en *RDN*, núm. 132, 1986, págs. 148 y 149; RAMOS FOLQUÉS, R., «Enajenación de inmuebles del *filiius-familias*», en *RCDI*, diciembre, 1945, núm. 211, pág. 795; RUBIO MARTÍNEZ, F., «La administración de los bienes de menores por persona designada por el disponente a título gratuito», en *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Valladolid*, 1991, núm. 9, pág. 15; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pág. 177.

Las Resoluciones de 5 de noviembre de 1887, 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891 admiten también la posibilidad de establecer la no necesidad de autorización judicial.

DE PRADA GONZÁLEZ duda de que ello sea posible en el supuesto de administración confiada a los padres, aunque sea con modificaciones: «De una parte, los términos estrictos e imperativos del artículo no pueden ser objeto de modificación por vía testamentaria o de donación, pero reconocemos que no deja de ser incongruente que se acepte la posibilidad de liberar de dichas limitaciones por la vía de confiar la administración a un tercero y no poder hacerlo si la administración está confiada al padre» (*ob. cit.*, págs. 398 y 399).

En contra, LINACERO DE LA FUENTE, M.ª A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, cit., pág. 108, entiende que ello supone burlar lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil, precepto de orden público que constituye una garantía del patrimonio del menor. En el mismo sentido, PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Familia* (VV.AA.), 1991, cit., pág. 471.

También parece contrario a la posibilidad de que el disponente a título gratuito exima al administrador especial de la autorización judicial FERNÁNDEZ GALBIS, cuando afirma, respecto del administrador especial, que «la ineludible autorización judicial supone un importante filtro que evita cualquier acto dispositivo que no resulte necesario o conveniente para los intereses del menor» (*ob. cit.*, pág. 314).

cidas en el documento público de constitución deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos casos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, siendo el Juez el único que puede eximir de dicho requisito al administrador, cuando se den las circunstancias que el artículo cita y que acabamos de ver. A ello hay que añadir que, según el artículo 4.1, las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas para su constitución.

Hemos de elogiar también la supresión del requisito de la subasta pública para la enajenación de bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, establecida en el último párrafo del artículo 5 de la Ley: «En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881».

El artículo 2.015 de la LEC de 3 de febrero de 1881 dispone que la venta de bienes o derechos pertenecientes a menores o incapacitados sometidos a tutela se ejecute en pública subasta, exigencia que, establecida en principio por el legislador para proteger los intereses de estas personas, no está exenta de importantes inconvenientes, que se han ido poniendo de manifiesto en la práctica: dilación en el tiempo, aumento de costes, valoración a la baja, reducción o ausencia de posibles compradores, riesgo de fraudes por la intervención de licitadores profesionales, etc. Por ello, la doctrina se muestra favorable a la supresión del requisito de la subasta pública, y a su no aplicación en el caso de la tutela, a tenor de una interpretación de las normas en función de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, como ordena el artículo 3.1 del Código Civil, argumentando, además, que los intereses de los menores e incapacitados quedan protegidos mediante el control judicial (14).

En la doctrina de las Audiencias Provinciales encontramos pronunciamientos en diversos sentidos.

Algunas resoluciones consideran necesaria la subasta pública para la venta de los bienes del incapacitado, manifestando que no puede entenderse derogado el artículo 2.015 de la LEC de 1881 —a pesar de que en el art. 271 del Código Civil, redactado conforme a la Ley de 1983, se suprime la exigencia de la subasta pública—, porque su redacción actual proviene de la Ley 15/

(14) Vid. ARAGONCILLO IBEAS, A., *Tutela*: «Especial estudio de la enajenación de bienes de menores e incapacitados», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, págs. 322 a 326, y GARCÍA-NOBLEJAS SANTAOLALLA, I., «La próxima reforma de la jurisdicción voluntaria. Su incidencia en el ámbito de la tutela», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, págs. 334 y 335.

1989, de 29 de mayo; poniendo de manifiesto, además, su carácter imperativo: «si lo que se quiere es vender bienes de un incapaz, salvo en el caso de que el mismo sea un menor de edad, el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, exige la venta en pública subasta. Y no puede entenderse que se trate de un precepto obsoleto o derogado, pues el mismo fue redactado con arreglo a la Ley 15/1989, de 29 de mayo; por lo tanto, se trata de una norma redactada no hace mucho tiempo, respecto de la que la derogación u obsolescencia no puede ser mantenida» (AAP de Burgos de 7 de junio de 2001, Fundamento Jurídico 3.º) (15); «sin que por lo demás exista la alegada contradicción entre el artículo 271 del Código Civil y el artículo 2.015 de la LECiv en cuanto en el primero de dichos preceptos se regulan los actos para los que el tutor necesita autorización judicial y en el artículo 2.015 de la LECiv se establece la forma en que deben enajenarse determinados bienes de menores e incapacitados, precepto imperativo y que además se ubica en el contexto de un procedimiento que no puede considerarse excesivamente gravoso para los intereses del incapaz, que pretenden preservarse a través del mismo» (AAP de Lleida de 18 de marzo de 2005, Fundamento de Derecho 1.º) (16), procedimiento que «viene regulado en los artículos 2.016 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudiéndose admitir postura que no cubra el valor dado a los bienes (art. 2.018 LECiv) y pudiendo el tutor, caso de no existir postura admisible, instar que se le tenga por apartado y se sobresea el expediente, o bien que se le autorice para la venta extrajudicial por el precio y las condiciones que sirvieron para la subasta, o bien, que se anuncie una segunda subasta con la rebaja de un 20 por 100 en el precio (art. 2.019 LECiv)» (AAP de La Rioja, de 3 de mayo de 2002, Fundamento de Derecho 2.º) (17).

Por el contrario, otras resoluciones prescinden del requisito de la subasta pública, en base a que no ofrece mayores garantías y resulta excesivamente onerosa y, por ello, menos beneficiosa para los intereses de los tutelados, criterio este que informa y preside la función tutelar (art. 216 del Código Civil) (18), o se muestran contrarias a convertir la subasta pública en una exigencia absoluta, siendo factible su flexibilización o matización en casos puntuales, operándose en este aspecto con criterio restrictivo, y así admitir

(15) *JUR* 2001/236850.

(16) *JUR* 2005/103318.

El carácter imperativo del artículo 2.015 de la LEC de 1881 ya había sido puesto de manifiesto con anterioridad por diversas Resoluciones; así, AAP de La Rioja, de 24 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/17215); AAP de Madrid, de 9 de julio de 2002 (*JUR* 2002/227329); AAP de Toledo, de 24 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/112503).

(17) *JUR* 2002/193290. En el mismo sentido, SAP de Granada, de 15 de abril de 2003 (*AC* 2003/1070).

(18) AAP de Zaragoza, de 19 de junio de 2001 (*AC* 2001/229125) y AAP de Baleares, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28349).

la autorización judicial para la venta de inmuebles directa cuando existan razones de urgencia y se garantice en mayor medida el interés del incapacitado (19).

Al respecto, el AAP de Ciudad Real, de 10 de abril de 2003, dice que los artículos 2.011 y siguientes de la LEC de 1881, en lo referente a la necesidad de venta de bienes inmuebles del incapaz en pública subasta, «sólo pueden ser interpretados como requisito establecido en su día en beneficio del mismo, y por otra parte, es claro que las normas deben ser interpretadas conforme a la realidad social del momento en el que hayan de ser aplicadas, según dispone el artículo 3 del Código Civil, siendo evidente que la exigencia de venta en subasta pública supone lentitud en la resolución del conflicto, contraria a la supuesta necesidad de obtener liquidez, que es lo que se busca con la venta y no supone una mayor garantía de la que puede otorgarse mediante la imposición de determinadas condiciones por el Juez, bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, además la fijación final de un precio, es una situación de libre concurrencia en el mercado inmobiliario siempre preferible a la rigidez del procedimiento establecido en los artículos 2.011 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A todo esto debe añadirse que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil mira con desconfianza la tradicional subasta, especificando en el apartado XVII de su Exposición de Motivos el literal siguiente: «Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la ley abre camino a vías de enajenación forzosa alternativas, que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien que se enajene lo sea por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial». La plasmación legislativa de lo anteriormente reseñado se encuentra en el artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Razonamiento Jurídico 3.º) (20).

Este artículo, titulado *Realización de bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores*, se halla incardinado en la Sección 1.ª («Disposiciones generales para la realización de los bienes embargados») del Capítulo IV («Del procedimiento de apremio») del Título IV («De la ejecución dineraria») del Libro III («De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares») de la vigente LEC, y prevé la realización de los bienes en la forma

(19) SAP de Cantabria, de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002/1554). En el caso, la Audiencia considera que se da una situación especial que justifica la admisión de la venta sin necesidad de pública subasta, al existir una oferta concreta, individualmente detallada tanto respecto a la persona que la realiza como del precio, ofreciéndose condiciones de transparencia, y al advertirse que el precio ofrecido es más ventajoso para la tutelada que el que pudiera obtenerse en subasta pública (Fundamento de Derecho 3.º).

En el mismo sentido, AAP de Madrid, de 24 de diciembre de 2004 (JUR 2005/36659).

(20) JUR 2003/142983. Vid., también, AAP de Barcelona, de 23 de abril de 2004 (JUR 2004/150955) y AAP de Toledo, de 19 de abril de 2005 (JUR 2005/105986).

convenida entre las partes e interesados y aprobada por el tribunal, con arreglo a lo previsto en el artículo 641 del mismo texto legal. A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1.º Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstas en la Ley (cfr. arts. 641 y 642); 2.º Subasta judicial (arts. 655 a 675).

Los argumentos expuestos en torno a la conveniencia de no acudir al mecanismo de la subasta pública para la enajenación de bienes inmuebles por el tutor han hecho que el legislador suprima —como decíamos, con acierto— dicho requisito para la enajenación de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio protegido en el artículo 5 de la Ley (21); precepto de gran importancia, pues su influencia trasciende el ámbito del citado patrimonio, tomándose como referente para evitar la subasta pública en la venta de los bienes inmuebles del tutelado.

Debe destacarse el Auto de la AP de Cáceres, de 12 de marzo de 2004, que aplicó analógicamente el último párrafo del artículo 5 de la Ley 41/2003 para permitir la enajenación de bienes de la incapacitada sometida a tutela sin necesidad de acudir a la pública subasta. Dice el Auto que este artículo «es susceptible de aplicación analógica en la medida en que, con el máximo rigor, en poco o en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil» (Fundamento de Derecho 2.º) (22).

En definitiva, la administración del patrimonio protegido se sujetará a las reglas establecidas en el título constitutivo, con la particularidad de que, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficia-

(21) Siguiendo esta línea, el artículo 104 del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, titulado *Petición simultánea de autorización de venta extrajudicial*, establece:

«1. Podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta extrajudicial directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada.

2. En tal caso, deberán expresarse y justificarse razones de urgencia y mejor conveniencia para los intereses del menor o incapaz, acompañarse dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate o solicitar que se proceda a su tasación por perito designado por el tribunal, y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar».

(22) JUR 2004/97010. Idéntica solución adopta el AAP de Cádiz, de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/144287).

rio, dichas reglas deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (arts. 271 y 272 del Código Civil). El problema puede plantearse si las normas establecidas en el título constitutivo resultan insuficientes para la correcta administración del patrimonio.

LUCINI NICÁS encuentra censurable que la Ley no contenga alguna prevención para el caso de que las normas establecidas sean insuficientes o ambiguas, sometiendo esta eventualidad a alguna cautela o regulación de mínimos, si bien la cuestión podría resolverse por la remisión a las normas de la tutela, lo que —dice este autor— no deja de ser insuficiente, pues puede dar lugar a contiendas judiciales sobre la interpretación, sentido y alcance de las normas de administración (23). Por el contrario, HERBOSA MARTÍNEZ considera que «tal previsión resultaría innecesaria, pues el contenido general de la administración ya está determinado por el citado artículo 5.4 de la Ley, respetando las previsiones concretas que, en su caso, hayan podido establecerse» (24).

Al respecto, LÓPEZ-GALIACHO PERONA afirma que, si la administración se hubiera encomendado a los padres del beneficiario que ejerzan la patria potestad, por tratarse de un menor de edad no emancipado o siendo ya mayor por haberse prorrogado la misma, el ejercicio del cargo de administrador estará sujeto a la normativa propia de ésta (arts. 154 y sigs. del Código Civil), mientras que, si es el tutor, el curador o el guardador de hecho el que está encargado de la administración, lo estará a las normas de la tutela o de la curatela (25). No obstante, como apunté anteriormente, es más acertado el establecimiento de un criterio uniforme en relación a las reglas de administración del patrimonio protegido, toda vez que las circunstancias en las que se pueden encontrar el administrador con respecto del beneficiario son muy variadas, y además, en materia de solicitud de autorización judicial, la ley se remite a las normas de la tutela (arts. 271 y 272 del Código Civil), tanto si el administrador es el tutor como si lo son los padres, el curador o un tercero, cuando podía haber hecho también referencia al artículo 166 del Código Civil, que es el que regula los actos que precisan autorización judicial en sede de patria potestad.

En relación al régimen jurídico aplicable, el artículo 1 de la Ley dice, en su número segundo, que «el patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para

(23) LUCINI NICÁS, J. A., *ob. cit.*, pág. 1627.

(24) HERBOSA MARTÍNEZ, I., «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *Act. Cív.*, núm. 16, septiembre, 2005, pág. 1942.

(25) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 50.

regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil», relativos a la incapacitación, y a la tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados, respectivamente.

En general, afirma el autor citado en último lugar, sobre la administración y la gestión del patrimonio, y ante el silencio que ofrece la Ley 41/2003, que serán aplicables las reglas del Código Civil en sede de tutela que se van a exponer a continuación, y especialmente las que dedica al tutor que se encarga, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, sólo de sus bienes (arts. 235 y concordantes del Código Civil) (26):

- La actuación del administrador se ejercerá siempre en beneficio del discapacitado (art. 216 del Código Civil).
- El administrador que, en el ejercicio de su función, sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes del tutelado, de no obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 del Código Civil).
- Se prohíbe que el administrador reciba liberalidades del beneficiario discapacitado; que le represente cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; y queda impedido para adquirir a título oneroso bienes del discapacitado o transmitirle bienes por igual título (art. 221 del Código Civil).
- Si no hubiera administrador designado o, habiéndolo, no acepta el cargo, pueden ser llamados a la administración, y por el orden que establece, las personas designadas en el artículo 234 del Código Civil. Esta disposición sería especialmente aplicable en el caso de que el Juez ordenara la constitución del patrimonio protegido en medidas cautelares sobre el patrimonio del discapacitado presunto incapaz o en la sentencia de incapacitación, aunque siempre le cabe designar a quien por sus relaciones con el discapacitado, y en beneficio de éste, considere más idóneo.
- En cuanto a la retribución a percibir por el administrador del patrimonio, si no se hubiera fijando en las reglas de administración o si no hubiera renuncia expresa de aquél para cobrarla, se aplicará el artículo 274 del Código Civil, cuando dispone que «el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes».

(26) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, págs. 50 a 52.

- Extinguido el patrimonio protegido, o en caso de cese o renuncia en el cargo de administrador, podrá exigirse a éste la rendición de cuentas a que se refiere el artículo 279 del Código Civil, cuando señala que «al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogable por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo». El contenido de los artículos 280 a 285 del Código Civil también le sería exigible.

B) Especial referencia a la facultad de representación

El artículo 5.7 de la Ley otorga al administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, «la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia». Dicha representación se hará constar en el Registro Civil (art. 8.1).

La razón de otorgar esta representación estriba en la posibilidad de que el administrador del patrimonio protegido sea una persona distinta de los padres o tutores, a los que legalmente corresponde la administración del resto del patrimonio de la persona con discapacidad, en cuyo caso no será preciso el concurso de éstos para la validez y eficacia de los actos de administración realizados por aquél.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la persona beneficiaria del patrimonio protegido ha de estar afectada por unos determinados grados de minusvalía, con independencia de que concurran o no en ella las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, haya sido o no incapacitada judicialmente (apartado II, párr. 4.º EM), los padres de un mayor de edad con discapacidad, pero no incapacitado y, por tanto, no sometido a patria potestad prorrogada ni rehabilitada, pueden ser administradores del patrimonio protegido constituido en beneficio de su hijo (vid. arts. 2 y 5); y considerando, además, que el artículo 5.7 matiza que «tendrá la condición de representante legal» cuando el administrador «no sea el propio beneficiario del mismo», hemos de concluir que este artículo no sólo se aplica cuando el administrador es una persona distinta de los padres o tutores, sino también cuando lo sean aquéllos y no ostenten la representación legal del discapacitado respecto del resto de su patrimonio por no hallarse éste incapacitado.

La expresa atribución de representación legal al administrador del patrimonio protegido tiene sentido también cuando la administración corresponde

al curador, puesto que, como sabemos, éste no es representante legal del incapacitado, solamente complementa su capacidad, es decir, tiene una labor de asistencia para los actos que el incapacitado no puede realizar por sí mismo.

Sin embargo, este razonamiento, encuentra un obstáculo en la Exposición de Motivos de la Ley, la cual, en su apartado V, párrafo 9.º, al hablar sobre las medidas de publicidad registral que adopta la Ley, dice que, «cuando la administración del patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio para todos los actos relativos a éste debe hacerse constar en el Registro Civil». Teniendo en cuenta que los padres pueden ser administradores del patrimonio protegido de su hijo sin tener sobre éste representación legal y que el curador en ningún caso puede considerarse como representante legal del incapacitado, la representación que el artículo 5.7 les atribuye sobre el patrimonio protegido debe tener acceso, igualmente, a la publicidad registral prevista para el resto de los supuestos, o ¿acaso la Ley, además de no haber tenido presente como posible caso incluíble en el supuesto de hecho del artículo 5.7 el de los padres no representantes legales de su hijo, considera al curador como un representante legal y, por eso, lo excluye de la publicidad registral del artículo 8.1? Pienso que se trata simplemente de una descoordinación entre lo dispuesto en la Exposición de Motivos y el articulado de la Ley y, dado que el artículo 5.7 se refiere al administrador del patrimonio protegido «cuando no sea el propio beneficiario del mismo», sin hacer más distinción, y que el artículo 8.1 se remite de forma general a la representación atribuida en el citado artículo 5.7, ha de llegarse a la conclusión de que los dos supuestos anteriores se hallan comprendidos en ambos preceptos.

La Ley dispone el otorgamiento de representación al administrador del patrimonio protegido, que califica de legal; pero ¿realmente nos encontramos ante un supuesto de representación legal?

Para resolver esta cuestión es preciso, por un lado, hacer una breve referencia al concepto y a las notas características de la representación legal y, por otro, distinguir según que el beneficiario posea o no capacidad de obrar suficiente, y tener en cuenta las facultades del administrador en uno y otro caso.

El ordenamiento jurídico prevé la institución de la representación legal como medio para proteger los intereses de las personas menores o incapacitadas, ya que, por las concretas circunstancias en las que se encuentran, precisan una especial atención por parte de los poderes públicos.

Dice LACRUZ que «una persona representa a otra cuando actúa facultada por ella o por la ley, como si fuera ella, en nombre de ella, y por consiguiente, recayendo en ella las consecuencias de los actos jurídicos realizados en

esas condiciones» (27). En el primer caso, es decir, cuando una persona (representante) actúa facultada por otra (representado), la representación tiene su origen en la voluntad de éste último (representación voluntaria); en el segundo, o sea, cuando es la ley la que legitima al representante, la posibilidad de actuación de éste en la esfera jurídica del representado se encuentra prevista y regulada en la ley (representación legal).

El doble origen de la representación se recoge en el artículo 1.259 del Código Civil: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal».

Los supuestos para los que la ley prevé la figura de la representación legal son los siguientes:

- a) El de los padres, titulares de la patria potestad, respecto de los hijos menores no emancipados y, en algunos casos, respecto de los mayores de edad incapacitados (arts. 154.2, 162.1 y 171 del Código Civil).
- b) El del tutor, en relación a los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad y a los incapacitados no sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada (arts. 222 y 267 del Código Civil).
- c) El del defensor judicial, respecto de los menores e incapacitados, en los asuntos en que exista conflicto de intereses entre ellos y sus representantes legales o cuando el tutor no desempeñe sus funciones (arts. 163 y 299 del Código Civil).
- d) El del defensor del desaparecido (art. 181 del Código Civil) y el del representante del declarado ausente (art. 184 del Código Civil).
- e) El del concebido y no nacido (art. 627 del Código Civil).

De estos supuestos se desprenden una serie de notas caracterizadoras de la representación legal, puestas de manifiesto por DE CASTRO:

«1. Existe el *númerus clausus* y una estricta tipificación legal. Creación de la ley, ella señala facultades del representante, límites de sus poderes y, en su caso, organismos de control.

2. El representante no depende de la voluntad del representado, de lo que éste declara en el poder o en unas instrucciones a las que deba arreglarse. Cuando se habla de extralimitación o abuso de poder del representante legal se hace referencia a la extensión de las funciones confiadas por las disposiciones legales o determinadas por los organismos de los que dependa.

3. El representante recibe, en general, poderes indeterminados de administración sobre un patrimonio o unos bienes. Lo que ha determinado que, entre los autores, no se haya sentido repugnancia para admitir que el representante

(27) LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 269.

legal pueda actuar como representante indirecto y respecto de actos no negociales. Bastará que actúe dentro del círculo de la administración confiada, para que se entienda que está obrando en concepto de representante.

4. Muestra a las claras el alejamiento de la representación legal del ámbito de la autonomía de la voluntad, el que haya casos en que la representación viene automáticamente impuesta al representante (art. 155) y en que es irrenunciable, a no ser en virtud de causa legítima, debidamente justificada (art. 202).

5. En el Registro Civil existe la sección cuarta, titulada «De las tutelas y representaciones legales» (arts. 88-91 LRC). En ella se inscribirán, se nos dice: «el Organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones» (art. 88 LRC). Esta disposición no se concreta a las representaciones legales que afecten directa o indirectamente al estado civil y a la capacidad de la persona, como parecía natural; se extiende a la administración del caudal relicto (art. 89 LRC) y a los cargos de albaceas, depositarios, administrador e interventor judiciales, síndicos o cualesquiera otros representantes que tengan mandamiento especial y asuman la administración y guarda de un patrimonio (art. 283, párr. final, Reg. LRC). Señalándose expresamente también que no están sujetos a inscripción los apoderamientos voluntarios (art. 284, núm. 4.º, Reg. LRC)» (28).

Vistas las notas caracterizadoras de la representación legal, debemos ocuparnos de las diferencias existentes entre ésta y la representación voluntaria, de las cuales, la más importante es la relativa al distinto fundamento o función de una y otra. La representación voluntaria supone un medio para ampliar las posibilidades de actuación jurídica del representado, valiéndose voluntariamente de la actividad ajena para llevar a cabo actos respecto de los cuales el interesado tiene capacidad suficiente para realizarlos por sí mismo. Por el contrario, la representación legal se fundamenta en la necesidad de suplir la falta de capacidad de obrar del representado, o evitar las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse para un patrimonio cuando carece de titular o cuando el titular del mismo no está en condiciones de asumir su gestión (29).

Además, ARAGONÉS (30) establece las siguientes notas diferenciales entre uno y otro tipo de representación:

(28) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 132 y 133.

(29) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, I-1.º, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 960 y 961; LÓPEZ/MONTÉS/CAPILLA/ROCA/VALPUESTA, *Derecho Civil. Parte General*, 3.ª ed., 1998, disponible en *tirantonline.com*, epígrafe núm. 2.16.22, título «La representación legal», ref. 163901; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho Civil*, I (VV.AA.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 378.

(30) ARAGONÉS, J., «Notas sobre la representación legal en el Código Civil», en *RCDI*, marzo, 1933, núm. 99, págs. 193 a 195.

- Al ser la representación legal una medida tuitiva o de protección, el legislador estatuye una serie de fiscalizaciones o garantías en su ejercicio (por ejemplo, la autorización judicial de los arts. 166 y 271 del Código Civil), de las que está exenta la representación voluntaria, la cual no está sujeta a más control ni formalidades que las que el mandante quiera adoptar.
 - En cierto aspecto, la representación legal es más extensa que la voluntaria y, en otros, más restringida. Es más extensa en cuanto que el representante legal ha de proveer no sólo a las atenciones que exija el patrimonio del representado, sino también a la persona del mismo (31). Es más restringida en cuanto que la representación voluntaria puede revocarse por la libre voluntad de quien la confiere, expresa o tácitamente (art. 1732.1.º del Código Civil), mientras que la legal termina fatal y necesariamente cuando cesaron las causas que la motivaron o cuando el representante es separado del cargo por la autoridad competente, en virtud de causas predeterminadas, suficientemente justificadas y en oportuno procedimiento.
- Por otro lado, la representación voluntaria puede extinguirse por libre renuncia del representante (art. 1732.2.º del Código Civil), mientras que la legal, en unos casos, no puede ser renunciada (caso de los padres) y, en otros, para que la renuncia sea válida y capaz de producir los consiguientes efectos, es necesario que se funde en una de las causas que la ley tiene establecidas (caso del tutor). En la representación voluntaria, el representante puede sustituir o delegar el poder a favor de otra persona (art. 1.721 del Código Civil); en cambio, en la legal, el representante no puede delegar su representación, excepto

(31) En este sentido, LACRUZ dice que el aspecto funcional de la representación legal «se conjuga con otras misiones (a veces más importantes) confiadas al representante, en el marco de una institución superior, en la que aquélla se inserta y éste es su valedor. Así, en la patria potestad, acompaña a las de crianza, educación y formación integral (art. 154); respecto de los incapaces, a las de alimentarlos, educarlos y promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su inserción social (art. 269); en cuanto a los ausentes, a la de búsqueda de su persona (art. 184).

(...)

La facultad de actuar *erga omnes* con efectos sobre el patrimonio del representado es aquí, pues, un instrumento al servicio de otras finalidades. El *poder* que confiere la ley no constituye una atribución unilateral de posibilidades de actuación en nombre ajeno, sino uno de los medios que se ponen a disposición del representante para el cumplimiento de su misión; y se halla en íntima relación con la misión misma, que modaliza su uso (el del poder) incluso frente a los terceros. Los cuales no tratan con un simple apoderado, sino con un padre o madre, un tutor, un representante del ausente, etc., provistos de un elenco de facultades y deberes diseñado por la ley; en consecuencia los terceros son corresponsables del abuso notorio o conocido de las facultades de tales representantes» (*ob. cit.*, pág. 312).

para actos puramente administrativos o ejecutivos, precisamente porque la ley se ha fundado para otorgársela en vínculos de parentesco y afecto, que suponen insustituible garantía en beneficio del representado; por esto, cuando por incompatibilidad de intereses, en determinados asuntos, entre representante y representado se presuma que aquella garantía pueda debilitarse, la ley exige un nuevo representante, el defensor judicial.

- La representación voluntaria es gratuita, salvo pacto en contrario (art. 1.711 del Código Civil); sin embargo, la representación legal es casi siempre retribuida, pues la ley establece unos mecanismos para que, bajo determinadas circunstancias, el representante pueda también beneficiarse del patrimonio del representado (arts. 165, 186 y 274 del Código Civil).

A pesar de la existencia de importantes diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria, la opinión mayoritaria sostiene que ambas son especies de una misma figura jurídica, la representación en general, puesto que tanto en una como en otra se manifiesta la esencia de todo fenómeno representativo: una persona (representante) actúa por cuenta de otra (representado), con la consiguiente producción de efectos en la esfera jurídica de esta última (32).

Dado que la representación legal es una especie de la representación en general, cabe preguntarse, en relación a la forma de actuación del representante, si ésta podría ser, además de en nombre del representado (representación directa), en nombre propio pero por cuenta y en interés de aquél

(32) ALBALADEJO GARCÍA, M., «La representación», en *ADC*, julio-septiembre, 1958, págs. 790 a 792; ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, pág. 14; DE CASTRO BRAVO, F., *ob. cit.*, pág. 131; Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 50 y 289; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *ob. cit.*, págs. 273 y 309; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Representación, poder y mandato*, Porrúa, México, 1989, pág. 79; PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, págs. 959 y 960; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *ob. cit.*, pág. 378; SERNA MEROÑO, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, vol. 1.º A, Edersa, Madrid, pág. 547; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, págs. 66 y 67.

No obstante, MOSCO (*La representación voluntaria*, trad. esp., Barcelona, 1963) matiza esta conclusión: «Las numerosas y sustanciales diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria que la breve investigación anterior han puesto en claro, tanto desde el punto de vista conceptual como desde el punto de vista de la disciplina positiva, inducen a afirmar que las dos formas de representación, aun siendo englobadas en un solo género para algunos autores comunes, constituyen, sin embargo, dos especies diferentes claramente distintas, y en algún aspecto contrapuestas» (págs. 29 y 30). La breve investigación mencionada por el autor se refiere al estudio que realiza sobre las diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria con relación a la naturaleza del poder y su contenido, a los requisitos subjetivos del representante, al ejercicio del poder y a las causas de extinción de este último (págs. 22 a 30).

(representación indirecta), igual que ocurre en la representación voluntaria. El silencio del legislador puede llevarnos a pensar en una respuesta afirmativa; sin embargo, la especial misión del representante legal y la conveniencia de que la situación aparezca lo más clarificada y dotada de certidumbre posible parecen requerir, como regla general, la representación directa (33).

Volviendo a la regulación del patrimonio protegido, el beneficiario, si no tiene capacidad de obrar suficiente, no podrá realizar actos relacionados con la administración del mismo, necesitando, por ello, una persona que lo gestione en su nombre, es decir, una persona que lo represente, como ocurre en la administración del patrimonio ordinario de menores y de incapacitados sometidos a patria potestad o a tutela; por tanto, en estos casos está justificado el calificativo de legal que la ley otorga a la representación del administrador.

Pero no puede decirse lo mismo en los supuestos en los que el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente.

Como veíamos, la representación legal tiene su fundamento en la necesidad de suplir la falta de capacidad de obrar del representado, o evitar las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse para un patrimonio cuando el titular del mismo no está en condiciones de asumir su gestión; por tanto, se trata de una medida que el ordenamiento jurídico prevé para la protección de determinadas personas, y, como tal medida tuitiva, el legislador estatuye una serie de fiscalizaciones o garantías en su ejercicio (por ejemplo, la autorización judicial de los arts. 166 y 271 del Código Civil), de las que está exenta la representación voluntaria, por la sencilla razón de que, en esta última, el representado, al ser una persona capaz, puede intervenir en la actuación del representante, cosa que no ocurre en la representación legal.

Teniendo en cuenta el fundamento y las características de la representación legal, hemos de concluir que la representación otorgada al administrador por la Ley 41/2003 cuando el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente presenta más similitudes con la representación voluntaria que con la legal (34). Prueba de ello es el hecho de que la propia Ley exime al administrador, en este caso, de la necesidad de autorización judicial, por entender, a mi juicio, que al tener el beneficiario capacidad de obrar suficiente puede supervisar la actuación del administrador, de forma que la autorización judicial carecería de justificación.

(33) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 290; EGEA FERNÁNDEZ, J., «El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela», en *RJC*, núm. 1, 1986, pág. 90, y LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *ob. cit.*, pág. 312.

(34) PEREÑA VICENTE dice que «este supuesto se aproxima más a un representante voluntario porque el representado tiene capacidad y en la representación legal está presente la idea de que el representado no tiene capacidad» («El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Act. Cív.*, núm. 15, septiembre, 2004, pág. 1771).

Según LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «aunque en un primer momento del tenor literal del artículo 5.7 (...), pudiera desprenderse que también tendría la consideración de representante legal, el administrador nombrado por el beneficiario constituyente de su propio patrimonio, esta interpretación debemos rechazarla porque nadie puede arrogarse la representación legal de quien no está incapacitado, crea además su patrimonio, y decide no administrarlo directamente, sino a través de un tercero o terceros, quien, por otra parte, no deja de ser un representante directo o indirecto suyo» (35).

Ahora bien, si el beneficiario, inicialmente con capacidad de obrar suficiente, la pierde en un momento posterior, el administrador quedará sujeto a la necesidad de recabar autorización judicial para los actos recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil. Ni que decir tiene que, si el beneficiario que pierde la capacidad de obrar es además el administrador del patrimonio, la administración del mismo pasará a cargo de la persona designada como representante legal de aquél tras su incapacitación, o a otra persona distinta si así lo ha previsto el constituyente, la cual deberá solicitar autorización judicial en los casos citados.

PEREÑA VICENTE (36) se plantea el supuesto de que «en el documento constitutivo el beneficiario/constituyente se anticipe y prevea su posible y futura pérdida de capacidad, en cuyo caso, se aplicarán las reglas que él mismo haya previsto. En este caso, el problema surge cuando la previsión sea que la persona encargada de la administración, continuará ésta sin necesidad de autorización judicial a pesar de la incapacitación del constituyente. Puede interpretarse que, este supuesto es asimilable a un mandato que se otorga en previsión de la futura incapacitación y que, por tanto, será aplicable el artículo 1.732, reformado también por esta Ley, que prevé la no extinción del mismo por la incapacitación del mandante, aunque sí podrá extinguirse por resolución judicial».

En definitiva, sólo puede hablarse de representación legal en el caso de beneficiarios que no tengan capacidad de obrar suficiente.

No obstante, RIVERA ÁLVAREZ entiende que este caso debe tratarse dogmáticamente como un supuesto de representación voluntaria: «la administración separada que se establece convencionalmente debe encuadrarse, si se confiere facultades de actuación por cuenta ajena, dentro de un supuesto de representación voluntaria y no de representación legal. Es cierto que, a partir del hecho de la minoría de edad o/e incapacitación, el apoderamiento no se confiere por el representado, sino por el que constituye el patrimonio protegido. El nacimiento de la representación es puramente convencional y por lo tanto no se puede hablar consecuentemente de caso de representación legal;

(35) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 50.

(36) PEREÑA VICENTE, M., *ob. cit.*, pág. 1770.

si bien tampoco debe considerarse un contrato a favor de tercero —de los establecidos en el art. 1.257, 2.º párrafo del Código Civil—. Y ello, a pesar de que, equívocamente, el artículo 5.7 de la Ley 41/2003, hable de representante legal, por cuanto lo que debe entenderse es que, designado un tercero como administrador, no hay que ir directamente al documento de constitución para conocer si tiene o no facultades representativas, sino que *ex lege* se confieren. A esta conclusión se llega interpretando la Ley no sólo teniendo presente la nueva categoría de patrimonio protegido sino también la nueva regulación del artículo 1.732 del Código Civil» (37).

Y considera adecuado el calificativo de voluntaria de la representación otorgada al administrador del patrimonio protegido a pesar de la posibilidad recogida en la Ley de que sea el Juez el que constituya dicho patrimonio o nombre al administrador, pues, «la intervención judicial para constituir el patrimonio protegido no implica alterar la naturaleza voluntaria ya que pretende que no queden frustradas las expectativas de creación del patrimonio protegido —en caso de que el beneficiario no tenga capacidad suficiente de obrar— cuando un aportante de bienes y derechos hace el ofrecimiento para constituir un patrimonio protegido y los padres, tutores y curadores se negaren injustificadamente a constituirlo. Obrando como un supuesto de sustitución legal de la voluntad negocial de constitución del patrimonio protegido» (38).

Cuando el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente, el nombramiento de administrador no lo hace él, sino un tercero o, en su caso, el Juez, de donde se deduce que no podemos estar ante un supuesto de representación voluntaria. Por otro lado, hay que tener presente las características de dicha representación vistas anteriormente; ninguna de ellas se da en la representación ejercida por el administrador del patrimonio protegido, fundamentalmente el alejamiento de ésta del ámbito de la autonomía de la voluntad, de modo que el representante no depende de la voluntad del representado. Por último, si las facultades representativas se las otorga la ley al administrador, ello quiere decir que el origen de la representación del mismo se halla en la ley, lo cual es consustancial a la representación legal.

3. APORTACIONES DE BIENES O DERECHOS AL PATRIMONIO PROTEGIDO

A) Régimen jurídico

El artículo 1.1 de la Ley establece que el objeto de ésta es «favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afec-

(37) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit., págs. 56 y 57.

(38) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit., pág. 68.

ción de tales bienes y derechos, así como sus frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad».

Los bienes y derechos que componen el patrimonio protegido no son únicamente los aportados en el momento de la constitución del mismo [art. 3.3.a)], pues es posible que con posterioridad cualquier persona, con el consentimiento de la persona discapacitada, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, realice aportaciones de bienes o derechos al patrimonio, las cuales deberán hacerse siempre a título gratuito, no pudiéndose someter a término (art. 4.2, párr. 1.º). Así pues, la salida de los bienes del patrimonio protegido únicamente podrá producirse por la extinción del mismo; no obstante, el aportante podrá establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, al equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido (art. 4.3). Si aquéllos negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al Fiscal, quien instará del Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad (art. 4.2, párr. 2.º).

En definitiva, la aportación podrá hacerla, según el artículo 4, el titular-beneficiario o un tercero —cualquier persona distinta de aquél, incluidos los padres, tutores o curadores— en el momento de la constitución o en un momento posterior. Ahora bien, las realizadas por un tercero deberán hacerse a título gratuito, estando sometidas a las reglas de la donación (de forma que pueden rescindirse por estar hechas en fraude de acreedores, revocarse por las causas establecidas en el Código Civil o reducirse por inoficiosas) y no podrán someterse a término (39).

Para HERBOSA MARTÍNEZ, aun cuando pueda parecer justificado, en cierta medida, que no se admita el término final, pues quizá con ello se podrían crear expectativas de una situación económica que no podría mantenerse cuando el término llegue, este argumento no es muy convincente, porque ya se sabe de antemano el carácter temporal de la aportación y, obviamente, es mucho mejor disfrutar de unos bienes durante un determinado período de tiempo que no llegar a hacerlo. La prohibición del término inicial tiene aún menos sentido, pues parece totalmente comprensible que se aporten unos bienes a partir de cierto día, sobre todo teniendo en cuenta que lo dispuesto en esta Ley tiene bastante de previsión de futuro. Por ello, la autora no alcanza a comprender el sentido de la prohibición del término; bien es verdad que se podría pensar que esta prohibición es, en realidad, un beneficio en

(39) MARTOS CALABRÚS, M.ª A., «El patrimonio protegido de la persona discapacitada (Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *Tendencias actuales en el Derecho de familia* (VV.AA.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2004, pág. 150.

cuanto que obliga a hacer las aportaciones con carácter definitivo, pero también lo es que puede disuadir a quien podría hacer una aportación limitada en el tiempo (40).

Tiene razón la autora al criticar la prohibición de hacer aportaciones a término contenida en la Ley, pues si dicha prohibición puede dar lugar a que una persona que esté dispuesta a hacer una aportación por un período determinado de tiempo no la haga porque no quiera realizarla con carácter definitivo, ello sería contrario al principio del mayor interés de la persona con discapacidad, puesto que se estaría privando a ésta de obtener un beneficio, sobre todo si la cosa objeto de la aportación produce frutos.

Descartada la posibilidad de hacer aportaciones a término, se plantea la cuestión de si caben las aportaciones condicionales. MORETÓN SANZ opina que «*a sensu contrario* se podrán realizar aportaciones sometidas a condición o modales (...) Nada impide, porque nada se prevé, acerca de la aportación de bienes muebles o inmuebles sobre los que recaiga alguna garantía, o sobre cualquier género de aportación sobre cosa gravada o capaz de suscitar gastos. Se reclama el título de la aportación, no que la aportación esté libre de cargas, por lo que en su caso habrá de recurrir al sistema previsto en el Código Civil para las donaciones modales» (41).

Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades que los bienes primitivos, es decir, las establecidas en el documento constitutivo (art. 4.1); de este modo, tanto la constitución del patrimonio como las aportaciones posteriores de bienes deberán realizarse en documento público o mediante resolución judicial (cfr. art. 3.3).

B) *Constancia registral de los bienes y derechos*

A la *constancia registral* de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido se refiere el artículo 8, que dice lo siguiente:

«2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente.

La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o insti-

(40) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1940.

(41) MORETÓN SANZ, M.^a F., «Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero, 2005, pág. 85. En el mismo sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1940.

tuciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el Notario autorizante o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior».

A la vista de este precepto, GÓMEZ GÁLLIGO afirma que «la constancia registral se puede realizar de dos formas: *a*) en la propia inscripción de la adquisición por el discapacitado (...) (art. 8.2 párrafo primero de la Ley 41/2003); *b*) mediante nota marginal. La misma mención (dice el párrafo segundo del art. 8.2 de la Ley 41/2003) se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables (por tanto en los ya inscritos con anterioridad a favor de los discapacitados)» (42).

La constancia registral no debe limitarse a la integración del bien en el patrimonio especial, sino que debe abarcar también las reglas relativas a su régimen de administración y disposición (43), y supone el cierre del Registro a todos aquellos actos inscribibles que no respeten dichas reglas, incluida la necesidad de obtener autorización judicial en los casos en que ésta sea preceptiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 (44).

En opinión de PEREÑA VICENTE, la mención en el Registro de la Propiedad de que el bien forma parte de un patrimonio protegido no tiene fuerza para sustraer el bien del tráfico jurídico. Ello es así porque, aunque la Ley habla de afección de los bienes, frutos, productos y rendimientos al cumplimiento de la finalidad prevista (la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado y el mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido), no puede hablarse en sentido técnico de afección, pues los mecanismos que

(42) GÓMEZ GÁLLIGO, J., «El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado», en *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad*, VV.AA., Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, págs. 55 y 56.

(43) VALLE MUÑOZ, J. L., *Discapacitados: aportación a un patrimonio protegido por discapacitado con plena capacidad de obrar*. Casos prácticos planteados en los seminarios de Cataluña de los días 17 de enero y 1 y 2 de febrero de 2005 en el SERC, Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 117, marzo-abril, 2005, pág. 23.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ DÍE dice que «la regla que se recoge en el inciso 2 del artículo aludido, es, cuanto menos, insuficiente, ya que no bastará, como es obvio, que se haga constar en el Registro la mera cualidad de bien integrado en un patrimonio protegido, sino que es preciso que la inscripción recoja aquellas circunstancias de trascendencia real que afecten al bien de que se trate» («La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 177 y 178).

(44) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1930.

la Ley impone para garantizar el destino de tales bienes no implican la sujeción real de éstos al cumplimiento de ningún fin (45).

La falta de auténtica vinculación, afirma HERBOSA MARTÍNEZ, radica en que, para que técnicamente exista un patrimonio adscrito a un fin, es necesario que dicho fin se imponga por encima de la persona física, de manera que aquél adquiera entidad superior al individuo, es decir, que el patrimonio adscrito a un fin implica un «fin con personalidad jurídica»; y se aprecia dicha falta de vinculación si se considera que, en caso de que el acto realizado por el administrador no esté encaminado a satisfacer las necesidades básicas del beneficiario, éste no sería, como regla general, impugnabile. En consecuencia, la mención de que los bienes forman parte de un patrimonio protegido no es causa de ineficacia de las enajenaciones realizadas contraviniendo la finalidad a la que los bienes se hallan afectos, ni de la consiguiente recuperación de los mismos. Se trata de una norma preventiva, dirigida más bien al registrador como un elemento que éste ha de tener en cuenta en la calificación, pues una vez constatada la cualidad de bien integrante de un patrimonio especial del discapacitado, deberá exigir el cumplimiento de los requisitos legales para los actos inscribibles (46).

Además, continúa diciendo la autora, «esta mención elimina el requisito de la buena fe, de manera que los terceros subadquirentes no quedan protegidos en cuanto figura en el Registro una posible causa de resolución. Respecto del primer adquirente no sería necesaria ninguna prevención pues la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a la Ley (cfr. art. 33 LH). Por tanto, la afección como tal no tiene repercusión alguna, es decir, el hecho de que no se destine a satisfacer las necesidades vitales no puede determinar la resolución sino el mero incumplimiento de una obligación por parte del administrador» (47).

C) *Afección de los bienes y derechos*

Dice la Ley que todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido (art. 5.4), lo cual plantea el problema de determinar qué ha de entenderse por necesidades vitales y si es posible destinarlos a otro tipo de gastos que no encajen estrictamente en el concepto de necesidades vitales. Puede ocurrir, por ejemplo, que la persona con discapacidad sea aficionada a la práctica de algún tipo de depor-

(45) PEREÑA VICENTE, M., *ob. cit.*, pág. 1764.

(46) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, págs. 1929 y 1930.

(47) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1930.

te o a acudir a determinados espectáculos; si los beneficios que proporciona el patrimonio son elevados, es decir, si el discapacitado dispone de cierta solvencia económica, ¿no podrían emplearse dichos beneficios en proporcionar a la persona con discapacidad la posibilidad de realizar tales actividades? Dada la redacción del precepto no parece posible, puesto que los gastos derivados de actividades de ocio difícilmente encajan en el concepto de *necesidades vitales*; sin embargo, deberían permitirse, pues la satisfacción de *otras necesidades* no estrictamente vitales redundaría en beneficio de la persona con discapacidad.

La insistencia del legislador en «las necesidades vitales» —afirma SERRANO GARCÍA— plantea la cuestión de si se pretende que el patrimonio tenga una limitación cuantitativa, es decir, en el sentido de si sólo se puede constituir en cuantía suficiente para atender a lo vital, término bastante impreciso; por ello, considera que hubiera sido más adecuado utilizar la expresión que aparece en el artículo 634 del Código Civil en sede de donaciones, cuando dice que el donante tiene que reservarse bienes para vivir en un «estado correspondiente a sus circunstancias» (48).

No hay en la Ley ningún precepto del que pueda deducirse la existencia de límite cuantitativo alguno al importe del patrimonio; los límites existentes están referidos únicamente al destino que debe darse a los elementos que integran aquél. Por otro lado, el establecimiento de una limitación cuantitativa plantearía problemas en orden a la fijación de la cuantía suficiente para atender a las necesidades vitales del discapacitado, ya que ésta tendría que quedar determinada en el momento de la constitución del patrimonio, y estas necesidades pueden sufrir variaciones a lo largo del tiempo, de forma que el discapacitado podría verse perjudicado. Supongamos que en el momento de la constitución del patrimonio haya personas dispuestas a aportar bienes que superen la cuantía que en dicho instante se fija como suficiente para cubrir las necesidades vitales del discapacitado; si se estableciese la limitación cuantitativa y después aumentasen dichas necesidades, resultaría que ese patrimonio sería insuficiente para atender a las necesidades vitales del discapacitado, y puede que ya no se encuentren personas que quieran aportar bienes al citado patrimonio.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Una de las mayores carencias de la Ley es la falta de previsión de la limitación de la responsabilidad del patrimonio protegido únicamente a sus propias deudas.

(48) SERRANO GARCÍA, I., *ob. cit.*, págs. 248 y 249.

Es evidente que el legislador ha pretendido crear una masa de bienes y derechos independiente del patrimonio general del beneficiario, pero esto no implica de por sí un régimen distinto para la responsabilidad por sus deudas. No voy a entrar a valorar la naturaleza de este patrimonio, ni en la discusión que mantienen los autores en torno a si, para que exista patrimonio separado, es preciso que se establezca separación de responsabilidades (49), porque, a los efectos del presente trabajo, lo que interesa es si existe o no una responsabilidad diferenciada, y, en este caso, con independencia de cómo se quiera calificar al patrimonio protegido, no se ha establecido expresamente esa separación.

Inicialmente, lo que se pretendía con la creación del patrimonio protegido era establecer una fórmula similar a la institución del *trust* del Derecho anglosajón (50), pero las diferencias entre uno y otro son importantes (51), sobre todo porque en el Derecho anglosajón sí se ha dispuesto una diferenciación en lo que a las responsabilidades se refiere.

Opina SERRANO GARCÍA que, al no haberse atrevido el legislador a modificar el artículo 1.911 del Código Civil, el patrimonio protegido sólo tiene de patrimonio unas reglas especiales de administración y supervisión (52).

Pero no es necesaria la modificación del artículo 1.911 del Código Civil para establecer un régimen de responsabilidad diferenciado en el patrimonio protegido, pues la responsabilidad universal que dicho artículo instaura y la separación de responsabilidades entre patrimonios cuya titularidad recae en una misma persona son cosas totalmente distintas. Es la propia Ley 41/2003

(49) Sobre el patrimonio, vid. ROCA SASTRE, R. M.^a, «El patrimonio», en *RCDI*, núm. 15, marzo, 1926, págs. 171 a 187; FAIRÉN, M., «Patrimonio y responsabilidad», en *RDN*, abril-junio, 1962, págs. 241 a 313; DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, cit., págs. 35 a 66; DE LOS MOZOS, J. L., «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *RDP*, julio-agosto, 1991, págs. 587 a 609.

La mayoría de la doctrina considera que la ausencia de un régimen específico para la responsabilidad impide caracterizar al patrimonio protegido como un patrimonio separado (por ejemplo, MORETÓN SANZ, M.^a F., *ob. cit.*, pág. 77; PASTOR ÁLVAREZ, M.^a C., «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas», en *Ar. Civ.*, núm. 20, marzo 2005, pág. 31; SERRANO GARCÍA, I., *ob. cit.*, pág. 250; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit., pág. 52; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, págs. 1928 y 1929). En contra, MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, págs. 159 y 160; PEREÑA VICENTE, M., *ob. cit.*, pág. 1766, y PÉREZ JIMÉNEZ, M.^a T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en *Act. Civ.*, núm. 21, diciembre, 2004, págs. 2543 a 2551.

(50) SERRANO GARCÍA, I., «Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el Proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pág. 189.

(51) Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S., «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 612, Pamplona, 2004, págs. 1 a 7 (BIB 2004/90).

(52) SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad...*, cit., pág. 250.

la que debería haber contenido una disposición que determinase la responsabilidad del patrimonio protegido solamente respecto de sus propias deudas, para evitar que dicho patrimonio respondiese por créditos que nada tienen que ver con los fines perseguidos con la constitución del patrimonio protegido. Una vez instaurada esa separación de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el patrimonio personal del discapacitado, cada patrimonio habría de hacer frente a sus propias deudas, en función de la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil.

La figura del patrimonio protegido aportaría algo verdaderamente novedoso si se hubiese limitado la responsabilidad de dicho patrimonio únicamente a sus propias deudas. El legislador ha perdido la oportunidad de establecer un mecanismo de gran efectividad para garantizar la satisfacción de las «necesidades vitales» de los beneficiarios del patrimonio protegido. Dice MARTÍN SANTISTEBAN que, por lo menos, podría haberse concedido una preferencia para hacer efectivos sus créditos sobre los demás acreedores particulares del discapacitado a quienes contratasen directamente con el patrimonio protegido (53).

No obstante, a juicio de GÓMEZ GÁLLIGO, «siempre es posible establecer convencionalmente esta limitación en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución del patrimonio protegido. De forma análoga a lo previsto en el artículo 1.807 del Código Civil (54), cabría prever entre las reglas de constitución, administración y disposición, la no sujeción de tales bienes a otras obligaciones o deudas que las contraídas con arreglo al régimen específico del patrimonio protegido, y si está integrado por aportaciones de terceros, que estuvieran exentas de responsabilidad por cualquier deuda del discapacitado. Es cierto que esta interpretación tiene en contra la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que admite la posibilidad de anotaciones de embargo sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, por considerar superior el principio de responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil (Resolución de 22 de febrero de 1989); sin embargo, en este caso, la procedencia externa de los bienes, y el principio de protección del discapacitado, justificarían una excepción a esa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que por otra parte significó un cambio radical de su tradicional posición» (55).

Afirma DUQUE DOMÍNGUEZ que, en caso de concurso del incapacitado, el patrimonio protegido es una parte (con administración separada) del patrimonio total de la persona con discapacidad, rompiendo así la *ratio* de la insti-

(53) MARTÍN SANTISTEBAN, S., *ob. cit.*, pág. 5. En el mismo sentido, PASTOR ÁLVAREZ, M.^a C., *ob. cit.*, pág. 32.

(54) Artículo 1.807 del Código Civil: «El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista».

(55) GÓMEZ GÁLLIGO, J., *ob. cit.*, págs. 57 a 59.

tución de proteger al incapacitado. Intentando buscar posibles formas de alcanzar la separación del patrimonio protegido, desde el punto de vista de la voluntad del constituyente del mismo, analiza la posibilidad de constituir una persona jurídica, bien acudiendo al tipo *fundación* o bien al tipo *sociedad unipersonal*, descartando ambas; la primera, por incompatibilidad de los fines institucionales de ambas figuras, y la segunda, porque las participaciones del beneficiario quedarían integradas en el patrimonio concursado del incapacitado, de manera que no soluciona el problema (56). Por ello, concluye el autor que «si se quiere poner de acuerdo la ratio del patrimonio protegido con una protección eficaz en el marco de un procedimiento concursal, será necesario que el mismo legislador, al promulgar las disposiciones de desarrollo anunciadas en el artículo 1, aproveche los vacíos de la Ley para, sin violar sus mandatos, actúe una protección eficaz en beneficio del incapacitado —como ya se había previsto en las propuestas de entidades privadas antes de la Ley— o, incluso, durante los debates parlamentarios» (57).

No cabe la menor duda de que la falta de separación de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el resto del patrimonio del discapacitado es claramente opuesta a la finalidad perseguida por la Ley de atender a las necesidades vitales del discapacitado, debilitando, además, la eficacia de todo el sistema de administración y de supervisión específica que la misma instaura, pues los bienes del patrimonio protegido pueden verse afectados por deudas que corresponden a un patrimonio distinto.

Visto lo anterior, se plantea la cuestión de si podría llegarse a los mismos resultados mediante la aplicación de los artículos 164 y 227 del Código Civil, relativos al administrador nombrado por el disponente a título gratuito (58), y el 223, que faculta a los padres para establecer en testamento o documento público notarial «órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las

(56) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 1, 2004, págs. 49 a 51.

(57) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *ob. cit.*, pág. 52.

(58) Artículo 164 del Código Civil: «Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

(...).

personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados».

SERRANO GARCÍA afirma que, si ya se encuentra en el Código un mecanismo que puede servir para proteger, como el disponente quiera, a menores e incapacitados, debería haberse limitado el legislador a la regulación de los beneficios fiscales, y dejar a los padres y tutores, o a las personas que quieran destinar sus bienes a las necesidades de otras, que establecieran lo que les pareciera conveniente (59).

Debe apuntarse a favor de la Ley 41/2003 el sistema de control y supervisión del patrimonio protegido, la flexibilización de la autorización judicial y la exención del requisito de la pública subasta para la venta de los bienes y derechos integrantes del mismo, analizadas anteriormente, si bien la trascendencia de estas medidas disminuye cuando el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente.

No obstante, dada la complejidad de la Ley 41/2003, así como las dificultades teóricas y prácticas que su aplicación puede plantear, cabe preguntarse, con BERCOVITZ, si la eficacia real de la Ley justificará tanta complejidad y tanta dificultad (60).

III. SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El régimen de supervisión de la administración del patrimonio protegido se articula en función de dos tipos de supervisión:

1. Las normas que al respecto haya podido establecer el constituyente.
2. La supervisión de carácter institucional a cargo del Ministerio Fiscal, respecto del cual se establecen —dice la Exposición de Motivos— dos tipos de actuaciones: una supervisión permanente y general y una supervisión esporádica y concreta.

La primera consiste en la obligación impuesta al administrador, si es persona distinta del propio beneficiario o sus padres, de rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen —todo ello justificado documentalmente—, pudiendo requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes (art. 7.2).

(59) SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad...*, cit., págs. 249 y 250.

(60) BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Ar. Civ.*, vol. III, 2004, pág. 2093.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA entiende que, aun cuando a los padres se les exime de esta obligación de rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal, no quedan relevados del mandato del artículo 168 del Código Civil acerca de la obligación de, acabada la patria potestad o la patria potestad prorrogada, rendir cuentas a solicitud del hijo de la administración que han hecho de sus bienes, entre los que figura, especialmente, su patrimonio protegido (61).

La segunda se refiere a la posibilidad del Ministerio Fiscal, de oficio o a solicitud de cualquier persona, de instar al juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza, debiendo ser oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido (art. 7.1). Estas actuaciones se sujetan a los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente (Disp. Ad. 1.^a).

Como puede observarse, la Ley atribuye al Ministerio Fiscal importantes funciones de control en la administración del patrimonio protegido y, para favorecer el desarrollo de las mismas, crea, como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del citado Ministerio, la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (en la que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública más representativa, en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad), cuya composición, funcionamiento y funciones manda la Ley que se determinen reglamentariamente (art. 7.3), lo cual se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE de 6 de febrero de 2004), modificado por el Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre (BOE de 17 de diciembre de 2004).

Las funciones de la Comisión son, según el artículo 2 del Real Decreto 177/2004, las siguientes:

- a) El auxilio, apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones de supervisión encomendadas a éste.
- b) El apoyo al Ministerio Fiscal en cualquier actuación judicial relativa al patrimonio protegido.
- c) El asesoramiento al Ministerio Fiscal en el examen de la rendición de cuentas de gestión del administrador, de la relación de la gestión y del inventario de los bienes y derechos que formen parte del patrimonio protegido.

(61) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 57.

- d) La colaboración con el Ministerio Fiscal para el requerimiento de documentación adicional que se estime pertinente al administrador del patrimonio protegido.
- e) La emisión de informes en cuantos asuntos le sean requeridos por el Ministerio Fiscal.
- f) Auxiliar al Ministerio Fiscal en sus funciones, recabando el asesoramiento de carácter técnico en los asuntos que estime necesario a entidades públicas y privadas.
- g) Elaborar una memoria anual sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que será elevada, para conocimiento, al Consejo Nacional de la Discapacidad.
- h) Proponer al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos prácticos sobre la legislación patrimonial de las personas con discapacidad que contribuyan a guiar y a orientar a sus eventuales beneficiarios.
- i) Podrá ser consultada sobre cualquier iniciativa normativa que tenga incidencia en el ámbito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- j) Efectuar estudios e investigaciones que redunden en la mejora de los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de dichas personas, así como proponer las actuaciones necesarias para la promoción y ordenación de aquéllos y elevar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales las propuestas que consideren convenientes.

El artículo 3 determina la composición de la Comisión, en la que tienen representación la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Direcciones Generales de las Familias y la Infancia y de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, los Ministerios de Justicia y de la Presidencia y las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y de Economía.

Para LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «llama la atención la no previsión de intervención del Ministerio Fiscal ni del Consejo General del Notariado, lo que resulta extraño, dado que representan a los funcionarios encargados de velar por la protección de la persona con discapacidad, tanto en la constitución, modificación y extinción de cada patrimonio protegido» (62).

(62) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 57. También en «Herramientas registrales de protección a las personas con discapacidad: El Registro de patrimonios protegidos y el Libro especial de incapacitados (un acercamiento a la regulación legal del llamado patrimonio protegido del discapacitado)», en *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con*

La supervisión de la administración del patrimonio protegido supone, sin lugar a dudas, una medida de protección de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad. No obstante, hay que advertir sobre la posibilidad de que se planteen ciertos problemas en la práctica, como, por ejemplo, la dificultad que puede suponer para el Ministerio Fiscal el conocimiento de la existencia de un patrimonio protegido constituido en documento público, teniendo en cuenta que sobre el notario no recae la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal que se ha producido la constitución del mismo, y tampoco se ha previsto ningún medio en el que quede constancia de la creación de los patrimonios protegidos, como podría ser un registro especial.

RIVERA ÁLVAREZ afirma que «el mecanismo de supervisión trazado es imperfecto, por cuanto que a falta de constitución judicial, la simple constancia registral del nombramiento de administradores no beneficiarios no será bastante para que el Ministerio Fiscal tome noticia, recabe la rendición de cuentas y lleve a cabo los cambios precisos que vemos en el artículo 7.1 de la Ley. Conveniría indicar que el órgano externo de apoyo debería, entre sus facultades o deberes, llevar a cabo una eficaz gestión de recopilación y listado de sujetos beneficiarios de patrimonios protegidos, a los efectos del cumplimiento de sus labores, coordinándose con los diferentes Registros Civiles, a través de la Dirección General de Registros y del Notariado que debería estar representada en dicha Comisión. Por otro lado, teniendo presente la posibilidad de modificaciones o empeoramientos en la situación del discapacitado, el Ministerio Fiscal o la Comisión deberían llevar un seguimiento de las constituciones de patrimonios protegidos por parte del propio beneficiario, a los efectos de vigilar los posibles abusos, coordinándose con los notarios que los constituyen a través del mismo organismo visto anteriormente» (63).

Además, en el caso de que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente y la administración corresponda a un tercero, surge la duda de si

discapacidad, VV.AA., Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, págs. 105 y 106.

(63) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *Una perspectiva civil...*, cit., pág. 100.

En un trabajo posterior este autor dice que «la constancia registral garantiza el conocimiento de la administración, no sólo para terceros interesados, sino también para los propios órganos de supervisión públicos impuestos por la Ley. De modo que estos puedan llegar a conocer las constituciones que se hagan en documento público e intervenir eficazmente. Y ello dado que la Ley 41/2003 se ha olvidado de indicar que el notario autorizante debería comunicar al Ministerio Fiscal o a la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad la constitución del patrimonio protegido» (*La administración separada...*, cit., pág. 70).

No obstante, esta constancia registral no parece suficiente para que el Ministerio Fiscal pueda desarrollar adecuadamente sus funciones de supervisión y tenga un conocimiento adecuado y completo de los patrimonios protegidos que se constituyan, sobre todo teniendo en cuenta que de dicha constancia registral se excluyen los casos en los que el administrador sea el propio beneficiario del patrimonio protegido (cfr. art. 5.7).

debe o no tenerse en cuenta la opinión de aquél en relación a la actuación de éste. Como indica LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «a no ser por la vigilancia de los beneficios fiscales, debería regir el máximo respeto posible a su autonomía de la voluntad» (64).

RESUMEN

PATRIMONIO PROTEGIDO

Una de las novedades más importantes introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad es la previsión de un patrimonio protegido en beneficio de una persona discapacitada, es decir, un conjunto de bienes y derechos —carente de personalidad jurídica propia— vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario y aislado del resto del patrimonio, sometiéndolo a un régimen de administración y supervisión específico.

El nombramiento de un administrador y el establecimiento de unas reglas de administración se hace imprescindible para el mantenimiento y la mejora de la productividad del mismo, con la particularidad de que, en el supuesto analizado, la finalidad del patrimonio protegido es cubrir las necesidades vitales de su beneficiario. La extensión de las facultades del administrador depende de si el beneficiario tiene o no capacidad de obrar suficiente; entre ellas destaca el otorgamiento a éste de la representación legal sobre los bienes que componen el citado patrimonio.

La Ley no ha establecido, como correlativo al régimen de administración específico, la previsión de que el patrimonio protegido responda únicamente de sus propias deudas, lo que supone un obstáculo para el cumplimiento de la fi-

ABSTRACT

PROTECTED ESTATE

One of the most important new features introduced by Act 41/2003 of 18 November on the protection of the estate of persons with disabilities is to call for a protected estate for the benefit of a disabled person, i.e., a set of assets and rights (having no legal personality of its own) linked to the satisfaction of the living needs of its holder/beneficiary and isolated from the rest of the estate, and subject to a specific administrative and supervisory framework.

The appointment of an administrator and the establishment of some rules of administration are vital for the maintenance and improvement of the estate's productivity, with the special consideration that here the purpose of the protected estate is to cover the living needs of its beneficiary. The scope of the administrator's faculties depends on whether or not the beneficiary has sufficient capacity to act for him or herself; inter alia, one leading faculty of an administrator is the power to act as legal representative with regard to the assets comprising the aforesaid estate.

The act fails to stipulate, as a measure correlative to the specific administrative framework, that the protected estate may secure its own debts only. This poses an obstacle to the fulfilment of the act's stated purpose of protecting persons with disabilities.

(64) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio...*, cit., pág. 58.

alidad de protección de las personas con discapacidad, a la que la Ley se dirige.

Por último, dada la especial situación en la que se encuentran las personas con discapacidad, es indispensable, además, fijar un sistema de supervisión de la actuación del administrador, sobre todo en los casos en los que el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente, el cual corre a cargo del Ministerio Fiscal.

Lastly, given the special situation in which persons with disabilities find themselves, it is moreover indispensable to set up a system for supervising the administrator's actions, especially in cases where the beneficiary does not have sufficient capacity to act for him or herself. Such a system should be run by the Public Prosecutor's Office.

(Trabajo recibido el 22-05-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)