

# LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIAS Y LA DISCAPACIDAD.

CONGRESO AMAFI 22 ABRIL 2023.

Patricio Monzón, Notario de Alcalá de Henares.

Colaborador de la Fundación Aequitas.

Resulta difícil tratar esta materia sin situar espacial y temporalmente la discapacidad.

Por ello haré una brevísima historia de la discapacidad.

La discapacidad siempre ha existido. Siempre ha habido individuos con una menor capacidad o aptitud que los demás de su especie y no son pocos los casos en los que, en el reino animal, unos ayudan a otros. También los hay de lo contrario, es decir, también hay especies que, desde la perspectiva moral humana, no son sensibles a la discapacidad.

La normativa procedente de las sesudas mentes humanas parece apuntarse a este último estilo. Citaré varios datos:

-Esparta. Los niños con discapacidad eran despeñados por el Monte Taígeto.

-Aristóteles: una ley debería prohibir que se críe ningún lesionado.

-Quizás la excepción fue el antiguo Egipto, que respetó a las personas con discapacidad. Al menos tres faraones presentaban discapacidad y fueron cuidados y atendidos. Hay ejemplos interesantes como el del arpista ciego.

-Roma. "Doce Tablas que concebía al "pater familiar" el derecho sobre la vida se sus hijos/as a los considerados "débiles" o "enfermos" se los arrojaba al río Tíber o se les despeñaba de la roca Tarpeia".

En época tardía, al recoger los casos de ineficacia de los contratos y de la intervención del curador. La cura prodigi y la cura furiosi.

El problema es que sólo lo trató desde la perspectiva negativa, la falta de capacidad, impidiendo el uso o consumo y limitando las facultades dispositivas. La visión puramente conservadora del patrimonio, prescindiendo del reconocimiento de la voluntad de la persona con discapacidad separó a estas personas de su propio destino.

-Y de ahí al Corpus Iuris Civilis y la natural evolución en el derecho europeo.

Lo cierto es que, aunque el poder público puede y debe favorecer la posición económica de dichas personas, sabemos que ni es suficiente ni dispone de medios adecuados. El sistema de protección fundamental, el que ha sido, es y será siempre, existe desde que aparecieron las primeras células (dicen que se llamaba LUCA, Last Universal Common Ancestor, y vivió hace 4.200 millones de años), es la FAMILIA y allegados.

Con sus virtudes y sus defectos, este conjunto de organismos (de personas) se ha organizado ancestral e inveteradamente para proteger y facilitar la vida a las personas que no podían hacerlo por sí mismas. Existe una obligación moral de hacer, también, hasta cierto punto, una legal (contenida en el Código Civil en sus arts. 142 y ss) que se denomina obligación de alimentos. Sobre todo, existe un gran deseo familiar de favorecer a estas personas y un gran conocimiento de la situación personal. Puede decirse que son individuos expertos en discapacidad en el sentido de experimentados. Nadie, como el pariente próximo, conoce las verdaderas necesidades de los necesitados.

Por ello, siempre ha existido una demanda social que facilite esta ayuda a nivel familiar o, si se quiere decir, privado.

Ejemplos de esta historia paralela (la familiar) son los siguientes:

-Primera evidencia. 1,8 millones de años. Dmanisi (Georgia). Tenía más de 50 años y carecía de dientes.

-Benjamina (530,000 años), Elvis y Miguelón.

-Shanidar I, en Irak. Cojo, manco y sordo. Homo neanderthalensis, 45.000 años.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (publicada en el BOE el 21 abril 2008) en su artículo 28 dispone lo siguiente:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

En especial, el apartado segundo, letra c, aclara:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas...c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados.

Y el artículo más jurídico que es el 12.4:

“4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la **voluntad y las preferencias de la persona**, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e

imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

Recordemos que la Convención es Derecho aplicable directamente en España, no sólo por el hecho obvio de ser un tratado y como tal el Estado Español ha quedado vinculado a ello por su firma (es el viejo principio *pacta sunt servanda*), sino porque la propia Constitución Española (art. 96) dice:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

De hecho, el tratado internacional, puede decirse, es superior en rango a la propia constitución, dado que el art. 95 CE aclara:

La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Es decir, de haber contradicción entre ambas normas, lo que se prevé es la modificación de la Constitución, y no el fenómeno inverso, ni, y esto es más importante, la inaplicabilidad de la norma internacional, lo cual habría de ser lo que derivaría del principio de legalidad previsto en la propia Constitución en el art. 9.

El derecho fundamental de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado y protección social (ésta es la rúbrica del art. 28 de la Convención antemencionado) es, por tanto, una norma del **mayor rango posible** en nuestro Ordenamiento Jurídico y obliga a los poderes públicos a proveerlo de un modo fáctico al sector de la discapacidad.

Es fácil entender que buena parte de este conjunto de personas no podrá acceder a un puesto de trabajo por sus propios medios o, al menos, será de menor rentabilidad que los habituales en personas que no tengan una barrera que les dificulte su normal desenvolvimiento.

La renta del trabajo constituye, por principio, la principal fuente de riqueza de los ciudadanos. Por ello la Convención exige adoptar una política positiva, especialmente activa, que les facilite un medio económico digno. No es cuestión de beneficencia, ni de solidaridad, son derechos fundamentales y obligaciones asumidas por el Estado.

Las menciones anteriores no son puramente teóricas, deben servir al operador jurídico, al abogado, gestor, juez, asesor, funcionario y a cualquier persona que debe aplicar la norma, para interpretar debidamente el derecho aplicable cuando hay una persona con discapacidad involucrada en ello. Puede existir un criterio jurisprudencial o administrativo, incluso una norma o una Ley, que establezca un modo de aplicar una disposición, pero si contradice la Convención, la cual obliga directamente al Estado Español a favorecer a integración social y (cito literalmente el artículo) sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera, debe resolverse a favor de la persona con discapacidad.

Los notarios estamos especialmente comprometidos con esta cuestión. Así el art. 147 del Reglamento Notarial dice: “Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, ,, y prestará **asistencia especial al otorgante necesitado de ella.**”

Además, somos testigos de excepción y, con frecuencia, un primer contacto con el Derecho.

Y ello es una característica que nos una a abogados y notarios, ambos cuerpos solemos ser el primer contacto de calidad con el Derecho, una primera atención a situaciones que necesitan de modo inmediato ayuda.

Debe destacarse que la discapacidad exige saber más y reclamar los derechos, muchas veces, con mayor intensidad que cualquier otro ciudadano.

LA LEY 8/2021

La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tuvo lugar el día tres de septiembre de dos mil veintiuno. Supuso la mayor modificación de artículos de Código Civil desde el nacimiento de éste.

Su propósito fundamental es “dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (tomado de la Exposición de Motivos).

La pieza angular es el mencionado art. 12 de la Convención.

De ello, el Tribunal Supremo ha extraído tres principios:

- Voluntariedad. 249 y 268CC
- Subsidiariedad. 42,bis LEC.
- Adecuación.

Pocos días después de la entrada en vigor el TS dictó una sentencia, la 589/21 llamada “Diógenes” por ser ésta la patología que padecía la persona con discapacidad y de la cual no era consciente.

De ella extracto, por su importancia, lo siguiente:

“...es objetivo que el trastorno que padece Nazario está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el

hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad”

El TS finalmente impuso una medida de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, a través de una interpretación contextual de término “atender a su voluntad”

Este criterio ha sido objeto de diversas críticas. De hecho, la Audiencia de Barcelona en Sentencia 550/21 parece seguir otro parámetro.

Este modo de interpretar, sin embargo, no se ha reiterado por el TS. Las sentencias posteriores han observado escrupulosamente dicha voluntad.

Debe citarse:

La STS 499/2021, de 21/12/2021, por la que se decreta la nulidad de la sentencia, con retroacción de actuaciones y devolución de los autos, sencillamente porque **no se había escuchado y atendido a la persona con discapacidad**. Dice así “ Por consiguiente, prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley (actualmente arts. 249, párrafo II y 268, párrafo I del CC) y jurisprudencia citada, requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado.”

Todo un varapalo para la audiencia...

La STS 964/2022 de 21/12/2022. Esta es fundamental porque aclara que el elemento de juicio es el jurídico o social y no el médico. Así dice

“La sentencia recurrida concede mucha importancia al diagnóstico, pero presta poca atención a cómo afectan las diversas patologías crónicas que padece la Sra. Sacramento a su funcionalidad en la vida diaria. No toma en consideración la influencia que en la situación de



aislamiento social de la Sra. Sacramento juega la compleja patología psíquica y física que padece (síndrome ansioso depresivo, fatiga crónica, fibromialgia, obesidad consecuencia de la medicación para la depresión, colon irritable), que está diagnosticada desde hace tiempo, con un cuadro de larga evolución y con tratamiento pautado (aunque a lo largo de los años haya intermitentes lagunas en el seguimiento médico), tal como resulta del informe aportado en la vista de la segunda instancia por la Sra. Sacramento sobre su historia clínica. Esa compleja patología provoca limitaciones motoras, también a nivel social, **pero no determinan su falta de capacidad cognitiva ni volitiva.**”

Más recientemente, la STS 66/2023 establece el criterio que ya anticipó la fiscalía. La medida fundamental de apoyo, en defecto de voluntad suficiente manifestada, es la GUARDA DE HECHO.

Por ello, la Sentencia dice: “, dado el grado de autonomía de la Sra. Blanca y su situación familiar, no es necesario el establecimiento de una medida formal de apoyo, pues la Sra. Blanca solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo Carlos Jesús de manera adecuada y eficaz ( art. 263 CC).”

Dicho de otro modo. Hasta hoy, la discapacidad suponía judicializar el proceso.

Hoy, el supuesto normal, es la guarda de hecho como medida de apoyo. Sólo en el caso en el que no se pueda ejercer adecuada y eficazmente, se atenderá a alguna de las medidas judiciales.

Es importante conocerlo porque, lo previsible es que, en breve, ante las demandas de modificación de la capacidad jurídica y nombramiento de curadores, las resoluciones judiciales denieguen la medida.

## LIQUIDACIÓN DE GANANANCIALES

Por lo indicado, debe hacerse un examen de la persona con discapacidad, para ver si tienen discernimiento suficiente y si necesita



alguna medida de apoyo, ya sea para expresar su voluntad, ya para configurarla.

En el primer caso puede acudir a cualquier técnica: pictogramas, movimiento ocular, intérpretes, expresión corporal,... A estos efectos recomiendo que se acompañe de un acta notarial en la que se pueda hacer constar qué medidas de apoyo físico se han aplicado. Es decir, ante las dificultades de realizar estas actuaciones en sede judicial, puede levantarse acta de todo un proceso material de constatación de una voluntad ante notario que facilite y agilice el proceso.

En el segundo caso, dice el CC que debe llevarse a cabo un esfuerzo considerable para conocer la voluntad de la persona. Sólo cuando esto resulte imposible, se acudirá a una sustitución de su voluntad, pero siempre con arreglo a sus eventuales criterios vitales. Es el caso de los curadores representativos y de los defensores judiciales.

No puedo evitar hacerme algunas preguntas:

Dado, el derecho de la persona con discapacidad a decidir dónde y cómo vivir, consagrado en la Convención. ¿Hay alguna preferencia sobre la vivienda o vehículo o elemento del activo más idóneo? No lo sé.

Hasta dónde llega el Artículo 1346 CC. Son privativos de cada uno de los cónyuges: 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona; 7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

Son objetos inherentes a la persona todos los relacionados con la discapacidad. ¿Existe derecho de reembolso? Y si tienen un extraordinario valor, ¿quedan incluidos en el 5º o pasan a ser gananciales, a contrario sensu del apartado 7º.

Termino con una cita:

*Acostúmbrate a no estar distraído a lo que dice otro, e incluso, en la medida de tus posibilidades, **adéntrate en el alma del que habla.*** Marco Aurelio.  
MEDITACIONES. Año 170-180 d.C.