



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA PRODIGALIDAD

Autor

Jorge Fernández Martín

Director

Dr. Isaac Tena Piazuelo

Facultad de Derecho
2018-2019

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
1. PREPARACIÓN	6
1.1. La persona y el derecho de la persona	6
A) Persona física y persona jurídica	6
B) Capacidad jurídica y capacidad de obrar	7
1.2. Modificación de la capacidad de obrar	10
A) Presunción de capacidad e incapacitación: Concepto y causas	10
B) El proceso de incapacitación.....	11
1.3. Un primer concepto de prodigalidad	14
2.ORIGEN DE LA PRODICALIDAD	15
3.LA PRODICALIDAD EN PROFUNDIDAD	18
3.1. Su situación en el sistema normativo español	18
A) La prodigalidad entre el periodo comprendido entre la promulgación del Código Civil en el año 1889 y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de la reforma del Código Civil en materia de tutela.	18
B) La prodigalidad entre la Ley 13/1983, de 24 de octubre y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.	21
C) La disposición derogatoria única 2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil.	23
3.2. Delimitación del concepto de prodigalidad	25
3.3. El interés concreto protegido	28
3.4. Cuestiones procesales	30
A) Legitimación activa.....	30
a) Especial situación del cónyuge	30
b) Ascendientes y descendientes	32
c) Representantes legales y Ministerio Fiscal	34
B) Legitimación pasiva	35
C) Procedimiento	36
3.5. Efectos de la declaración de prodigalidad	37
A) Incidencia sobre el pródigo.....	37
B) Influencia sobre la esfera patrimonial del pródigo.....	38
C) Duración de los efectos de la declaración.....	39

4. LA PRODICALIDAD EN ARAGÓN.....	41
5.CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006	42
5.1. Objetivos, principios e incorporación a nuestro sistema normativo.....	42
5.2. Ley de Jurisdicción Voluntaria	44
5.3. Anteproyectos y propuestas de reforma de nuestro ordenamiento	52
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	57

LISTADO DE ABREVIATURAS:

CC: Código Civil

CC 1889: Código Civil original del año 1889

C DFA: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

CE: Constitución Española

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

LDP: Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

TS: Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN:

En este trabajo se pretende abordar una institución compleja y olvidada como es la prodigalidad. Se trata de una institución jurídica que limita la capacidad de obrar de la persona en cuanto a la administración y disposición de su patrimonio se refiere, debido a que su conducta derrochadora lo pone en peligro. Con su declaración no se busca proteger al declarado pródigo, sino los intereses de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, los cuales tienen que estar percibiendo alimentos o estar en situación de reclamarlos

Es una figura compleja porque a pesar de ser una figura de origen romano, con un largo recorrido a sus espaldas, siempre ha sido un problema para el legislador definirla y ubicarla dentro de nuestro ordenamiento. Tanto es así que ha pasado de ser una causa de incapacitación más – aunque siempre con sus especialidades – en el antiguo Código Civil de 1889 a dejar de serlo aunque siga modificando la capacidad de obrar de las personas en la legislación actual.

Olvidada ya que es una gran desconocida. A lo largo del grado universitario se pasa de puntillas sobre ella, tratándose brevemente su contenido y sin hacer referencia a todas sus especialidades.

Su existencia es apenas conocida para los no legos –para algunos de ellos también- y creo que, en una época donde impera la fiebre por las apuestas deportivas o la ludopatía, a muchos de ellos les interesaría conocer sobre ella, aunque muchas veces no la pudiesen aplicar dadas sus condiciones de aplicación.

Con este trabajo pretendo exponer en qué consiste exactamente la prodigalidad, explicando primero un capítulo introductorio donde se desarrollan los conceptos básicos que se han de conocer para entenderla. Posteriormente un segundo capítulo dónde explicaré sus orígenes romanos. Se seguirá con un análisis en profundidad de su naturaleza y características –ubicación en el sistema normativo, interés concreto protegido, legitimados, efectos de su declaración etc.-. Finalmente terminaré haciendo una breve referencia a las influencias que han tenido las nuevas políticas de derechos de las personas incapacitadas y su nueva concepción, además de su posible futuro, al hablar de diferentes anteproyectos de ley sobre esta materia.

Para llevar a cabo esta producción he realizado una investigación bibliográfica en profundidad. Dado mi desconocimiento en la materia, comencé a estudiar el tema sin

saber muy bien lo que buscar. Conocía de mi interés sobre la prodigalidad y tenía una noción básica sobre ella, pero no era lo suficiente para saber cómo quería estructurar el trabajo y que aspectos pretendía tratar. Por ello mi labor ha consistido primero en estudiar todo lo posible la figura y una vez hecho esto, exponerlo del modo que he creído conveniente.

Explicado ya el objeto de estudio, el porqué de mi interés y la metodología empleada, les dejo con el trabajo.

1. PREPARACIÓN

1.1. La persona y el derecho de la persona

A) La persona física y la persona jurídica

El ser humano es por su propia naturaleza y condición, el centro de la vida y por tanto del Derecho. Toda persona por el simple hecho de serlo es titular de unos derechos y deberes fundamentales que tienen su origen en la dignidad y caracterizan las relaciones con el resto de personas. Se puede decir por tanto que de manera innata el ser humano es sujeto del Derecho y sujeto de derechos, no depende por tanto de que se le haga ningún tipo de reconocimiento por parte del derecho subjetivo¹.

Esta condición del ser humano, la de sujeto de derechos y protagonista de las relaciones jurídicas como se ha dicho no depende de que sea reconocida por ningún derecho positivo. Sin embargo tiene un gran apoyo normativo y es que la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) dice en su artículo primero que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» y en su artículo sexto «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». El hombre es por tanto el centro del ordenamiento jurídico democrático, siendo todas personas y todos iguales.

Estos preceptos de la DUDH inciden sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica por los ordenamientos positivos. En nuestro Derecho así lo reconoce la Constitución española en su artículo décimo².

Hasta aquí estaríamos hablando de lo que nuestro ordenamiento cataloga como personas físicas, sin embargo no solo los seres humanos son sujetos de derechos. El Derecho también reconoce a otros sujetos como portadores de estos y a los que el ordenamiento les otorga la capacidad de intervenir en relaciones jurídicas de una manera similar a la de los seres humanos; hablamos de las personas jurídicas. Podríamos considerarlas en una primera aproximación, como el grupo con nombre y capacidad propios, distintos de los

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C «La persona y el derecho de la persona», en *Curso de Derecho Civil*, de Pablo (coord.), volumen 2, 6ª edición, Edifoser S.L, Fuenlabrada (Madrid), 2018, pp. 24 a 26.

² Artículo 10 CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

individuos que lo integran. Es un ente supraindividual al que el ordenamiento reconoce subjetividad³.

Así pues, desde una perspectiva jurídico-formal, persona equivale a sujeto de derechos y es una condición que comparten tanto las personas físicas⁴ como jurídicas. Esto no quiere decir que sean equivalentes; a pesar de que las personas jurídicas también tienen derechos y pueden formar parte en las relaciones jurídicas, no gozan de una dignidad inherente a su existencia humana. La persona física se encuentra en una escala superior ya que no solo basta con considerarla sujeto de derechos, obligaciones y ser parte de relaciones jurídicas. Significa además que las normas jurídicas han de darse y desarrollarse teniendo en cuenta la ya mencionada dignidad del hombre⁵.

Frente a las personas –incluidas las jurídicas–, que son los únicos sujetos de derechos, están los demás entes que para el Derecho tienen la condición de objeto. Se pueden considerar medios o instrumentos que tienen como fin la satisfacción de las necesidades humanas. Tienen esta consideración por ejemplo las cosas o los animales⁶.

Una vez expuesto esto es importante destacar que de aquí en adelante nos vamos a centrar en las personas físicas ya que son quienes se pueden ver afectadas por la prodigalidad, el objeto de este trabajo.

B) La capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

Hasta ahora hemos venido hablando de la consideración de la persona y de algunas organizaciones sociales como sujetos de derechos. Centrándonos en la persona física, por su mera condición de ser humano posee la capacidad de ser portador de ciertos derechos y obligaciones inherentes a su ser, sin ser necesario para ello que tenga uso de razón ni por tanto voluntad o inteligencia desarrolladas. Estamos hablando de la capacidad jurídica⁷.

En definitiva, podemos definirla como la aptitud general para ser titular de derechos y obligaciones que tiene toda persona física por el simple hecho de existir⁸, siendo

³ LACRUZ BERDEJO, J.L., «La persona jurídica», en *Elementos de derecho civil I*, parte general, volumen II, 5ª edición, Dykinson S.L., Madrid, 2010 p. 259.

⁴ RAE: Persona de naturaleza humana

⁵ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, «La persona y el derecho de la persona», *cit.*, p. 28.

⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., «La persona física», en *Elementos de derecho civil I*, *cit.*, p. 2.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., «La persona física», en *Elementos de derecho civil I*, *cit.*, p. 2.

⁸ Incluso desde antes del nacimiento, para los efectos que le sean favorables.

irrelevante que esta sea menor de edad o esté incapacitada, siendo titular de los derechos de la personalidad ligados de manera directa a su persona.

No obstante esta aptitud no es suficiente para otorgar a quien la posee la capacidad de gobernar y dirigir todos aquellos derechos de los que es titular. Aquí entra en juego la capacidad de obrar, la cual podemos definir como la competencia para gobernar y ejercitar esos derechos y obligaciones de los que uno es titular permitiéndole desarrollar desde una perspectiva jurídica una actuación válida y eficaz. De esta manera, cuando esta suficiencia es plena, el sujeto podrá actuar por sí mismo para desarrollar sus derechos y formar parte de relaciones jurídicas sin la necesidad de que intervenga un representante legal.

La capacidad de obrar está estrechamente relacionada con la capacidad natural de querer y conocer, es decir, con la aptitud para atender alguien por sí mismo al cuidado de su persona y bienes⁹.

Un ejemplo que explica bien estas situaciones es el expuesto por Martínez de Aguirre: un recién nacido por el simple hecho de serlo puede ser ya titular de derechos y obligaciones. Por tanto si su padre fallece y hereda de él una finca, será titular de un derecho de propiedad sobre ella (capacidad jurídica); sin embargo carecerá de la capacidad de ejercer ese derecho para venderla o alquilarla (capacidad de obrar).

La capacidad de obrar, a diferencia de la jurídica, no es la misma en todas las personas. Esto sin embargo no significa que la desigualdad pueda ser arbitraria, sino que está determinada por el Derecho.

En nuestro ordenamiento la capacidad de obrar general está concedida al individuo mayor de edad no incapacitado. Así pues, «el Derecho atiende para reconocerla a la aptitud de cada uno para regir su persona y sus bienes: nula para el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales; y se trata de adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir, a la aptitud o capacidad (natural) de entender y querer cada uno. Pero no lo hace caso por caso, para cada individuo, sino atendiendo a rasgos externos típicos, como el haber alcanzado o no una determinada edad, o constituyendo al sujeto, mediante declaración judicial, en la situación (que puede graduarse) de incapacitado»¹⁰.

⁹ Siendo esto consecuencia del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L, «La persona física», *cit.*, p.4

Se parte por tanto de una presunción legal de la capacidad natural, que tiene como base elementos identificativos externos medibles y fácilmente reconocibles, la mayoría de edad (a partir de ella, el legislador considera que la persona ha llegado ya a un desarrollo físico y mental óptimos) y la ausencia de una declaración que constate una incapacidad (en nombre de ellos actuará un representante legal y si esto no ocurre, los actos que realice serán inválidos, ya que faltará un requisito de capacidad, como veremos más adelante). Esta es, como se ha dicho, la capacidad general de obrar, la cual permite realizar todos los actos de la vida jurídica que no exijan una capacidad distinta.¹¹

Junto a esta capacidad general existe en nuestro Derecho una capacidad de obrar especial para determinadas situaciones. En algunos casos se exigen condiciones más estrictas, como por ejemplo en la adopción, donde se debe tener un mínimo de 25 años¹² y en otros casos los requisitos son más leves, como aceptar donaciones simples u otorgar testamento los mayores de 14 años¹³.

Diferentes son las prohibiciones legales, que son definidas por DE CASTRO como la inhabilitación para realizar ciertos actos, en general o respecto de ciertas personas, impuesta por un veto legal¹⁴.

¹¹ Artículo 322 CC: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

¹² Artículo 175.1 CC: «La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior».

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código.

¹³ Artículo 662 CC: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente».

Artículo 663.1 CC: «Están incapacitados para testar: Los menores de catorce años de uno y otro sexo».

¹⁴ Por ejemplo que el tutor no está habilitado para comprar todo excepto los bienes de su pupilo (art. 1459.1CC)

1.2 Modificación de la capacidad de obrar

A) Presunción de capacidad e incapacitación. Concepto y causas:

Como ya se ha expuesto, en nuestro Derecho existe una presunción de capacidad. Se presupone que todo mayor de edad posee la capaz de obrar general, a no ser que sobre él recaiga una incapacitación. La regla general es por tanto la capacidad y la excepción la incapacitación. El término incapacitado expresa la situación en la que se encuentra una persona respecto de la que una sentencia ha modificado su capacidad de obrar¹⁵.

La incapacitación es la limitación de la capacidad de obrar establecida mediante sentencia judicial cuando en la persona concurren alguna de las causas presentes en la ley, que le impiden su correcto autogobierno, no le permiten actuar de manera responsable y libre en lo que se refiere al apartado personal y patrimonial. Se busca por tanto, proteger a la persona y a sus intereses. Para ello se le asignará un representante legal o curador (dependiendo del grado de discernimiento, como se expondrá a continuación) que le represente o complete su falta de capacidad.

Las causas que pueden derivar en la sentencia declarativa de incapacitación son, según el artículo 200 del CC: «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Con enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico los autores pretendieron abarcar cualquier supuesto posible, siendo irrelevante el origen. La doctrina exige también que esta situación tienda a persistir en el tiempo. Un tiempo que debe ser lo suficientemente largo para que compense la adopción de tan graves medidas. Con esto se pretende excluir como causa de incapacitación las situaciones de trastorno mental transitorio.

Finalmente, es requisito también que ésta enfermedad le impida a la persona autogobernarse a sí mismo¹⁶, no siendo por tanto motivo de incapacitación todas aquellas enfermedades que no afecten a esta capacidad¹⁷.

¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Capacidad. Incapacidad. Discapacidad. Incapacitación», en *Revista de Derecho UNED*, nº9, 2011, p.84.

¹⁶ Se expone una idea muy flexible, en exceso, nos encontramos ante un concepto muy amplio, lo que dificulta muchas veces su determinación y puede generar por tanto inseguridad jurídica.

¹⁷ PARRA LUCÁN, M.A., «Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Curso de Derecho Civil*, de Pablo (coord.), volumen 2, 6ª edición, Edifoser S.L, Fuenlabrada (Madrid), 2018, pp. 141 a 143.

B) El proceso de incapacitación:

El Derecho español ha establecido que nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por ley. Es por esto que esta situación excepcional debe seguir un procedimiento determinado que facilite su constatación y respete los preceptos constitucionales¹⁸.

Este procedimiento se encuentra regulado en el Libro IV, del capítulo II de la LEC del 2000, el cual se refiere a «los procesos sobre la capacidad de la persona»¹⁹. Se trata de un proceso especial que sigue los trámites del juicio verbal. Al versar sobre una materia indisponible, como es la capacidad de la persona, el juez está provisto de un amplio elenco de facultades que tienen como objetivo la averiguación de la verdad material. En este tipo de procesos no tienen cabida el allanamiento ni la renuncia; como ya se ha dicho la materia es indisponible, por lo que la conformidad necesitará del visto bueno del Ministerio Fiscal y la conformidad de las partes tampoco influye sobre el Juez sentenciador²⁰.

Están legitimados activamente para promover la solicitud de incapacitación las personas recogidas en el artículo 757.1 LEC: «la declaración de incapacidad pueden promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quién se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz».

Un aspecto que merece especial atención es la legitimación del propio incapaz, lo cual fue introducido mediante 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. Esta novedad es

¹⁸ Por ejemplo el artículo 10 CE (el cual hace referencia a la dignidad de la persona) el 17 (ya que se va a dar una restricción a la libertad individual) o el 49 (que ordena a los poderes públicos que lleven a cabo una política de prevención, tratamiento y rehabilitación de la persona).

¹⁹ Artículos 756 a 763 de la LEC.

²⁰ Artículo 751 LEC: «1. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

2. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos siguientes:

1.º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.

2.º En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad.

3.º En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave.

4.º En los procesos de separación y divorcio.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción».

coherente con las previsiones de autotutela contenidas en los artículos 223²¹ y 234 CC²², lo cual obviamente, no limita esta capacidad al círculo familiar²³. Como se puede observar, la legitimación activa se reduce a un grupo muy limitado y cercano de personas, lo que parece correcto dada la delicada naturaleza del proceso.²⁴

Fuera de este círculo de personas, si estas no existiesen o no promovieran su incapacitación, deberá hacerlo el Ministerio Fiscal, a instancia de cualquier persona que se lo ponga en conocimiento o cualquiera de sus autoridades de oficio cuando supiesen de su posible existencia por razón de sus cargos²⁵.

La posición del presunto incapaz dentro del proceso hasta el año 2003 únicamente podía ser la de demandado. Sin embargo, desde la entrada en vigor del anterior cambio mencionado, ocupará siempre esta posición excepto en los casos en los que sea el mismo quien solicite tal incapacitación.

Si actúa como demandado, el artículo 758.1 LEC establece que «el presunto incapaz (...) puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación», porque mientras no se haya declarado la incapacitación, conforme al artículo 199 CC; el demandado se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Si no lo hace será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando no haya sido este quien haya promovido el procedimiento. Si es este el supuesto, se designará a un defensor judicial²⁶.

El artículo 759.1 LEC impone al juez la práctica de tres medios de prueba. Deberá por tanto oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a él mismo y acordar los dictámenes necesarios que estén relacionados con las pretensiones de la demanda. De esta manera se asegura que ningún procedimiento de incapacitación termine sin haberse elaborado un dictamen pericial médico.

²¹ Artículo 223 CC: « (...) Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. (...)».

²² Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1. ° Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

²³ LACRUZ BERDEJO, J.L., «La enfermedad, La incapacitación», en *Elementos de derecho civil I*, cit., p.157

²⁴ También son un motivo las posibles iniciativas temerarias y de mala fe.

²⁵ El que no podrá en cambio es el juez, quien deberá poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

²⁶ PARRA LUCÁN, M.A., «Resoluciones judiciales...», cit. p. 146.

Con la finalidad de asegurar y proteger a la persona e intereses del presuntamente incapaz, y dado el posible alargamiento del procedimiento, el artículo 762 LEC le permite al Juez adoptar las medidas de protección que estime necesarias.

El procedimiento puede terminar desestimando la solicitud de incapacitación o declarándola. Si se da este segundo caso, la sentencia funciona como título constitutivo de la situación jurídica de incapacidad. Esto quiere decir que es la sentencia la que priva al sujeto de la capacidad de obrar a la que se refiera.

Esta sentencia debe determinar con exactitud el alcance de la incapacitación, lo que exige tener una convicción clara de la concreta situación de la persona²⁷. Esto es lo que se conoce como la graduación de la incapacitación. Además de esto, la sentencia debe también determinar el sistema de guarda que debe aplicarse al caso y las personas que deben velar por el incapacitado²⁸. El sistema de guarda va a depender del grado de discernimiento de la persona incapacitada. La tutela se presenta como el instrumento de apoyo más intenso, ya que se suele vincular a una incapacitación total o prácticamente total e implica que la toma de decisiones que efectúe va a ser prácticamente sustitutivas.

Otra de las opciones es la curatela. En este caso su forma de apoyo no va a ser la sustitución, sino que va a funcionar como un medio de complemento o asistencia en aquellos actos que la persona no pueda realizar por sí misma²⁹, aquellos que imponga la sentencia³⁰.

²⁷ En ningún supuesto podrá privarle de su derecho al sufragio activo, lo que tiene su origen en la reciente reforma de la LOREG gracias a la LO 2/2018, de 5 de diciembre.

²⁸ Artículo 760 LEC: «1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle».

²⁹ Artículo 288 CC: «En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos».

³⁰ Artículo 289 CC: «La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido».

1.3 Un primer concepto de prodigalidad:

El Código Civil regula la prodigalidad como una modificación parcial de la capacidad de obrar, pero no define el concepto de pródigo. Ha sido por tanto la jurisprudencia la que, a lo largo del tiempo, ha ido precisando la idea. Partió de la idea de que pródigo es aquel que es un «desgastador de bienes»³¹.

A partir de aquí se ha ido delimitando su alcance hasta llegar a los requisitos que se exigen en la actualidad para considerar a una persona como pródiga.

El primero de estos requisitos es que se de una conducta desordenada y ligera en la gestión del patrimonio. El segundo es que esa actividad se lleve a cabo de manera habitual. Y finalmente, que ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio.

Es una figura de protección familiar, ya que su finalidad no es la de proteger al pródigo, sino al círculo familiar más próximo. El cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del pródigo o estén en condiciones de hacerlo son quienes están legitimados para instar esta institución.

La declaración de la prodigalidad supone una modificación de la capacidad de obrar por causas diferentes a las recogidas en el artículo 200 CC. Esta situación solo puede decretarse mediante sentencia firme y supondrá una incapacitación parcial de la persona, ya que no le priva de toda su capacidad de obrar, sino que únicamente la restringe en su ámbito patrimonial.

Al pródigo se le nombrará un curador que intervendrá en aquellos actos que no pueda realizar por sí solo, en aquellos que haya concluido la sentencia³².

³¹ Partida Quinta, título XI, ley 5ª

³² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La prodigalidad» en *Compendio de Derecho Civil Tomo IV: Derecho de la persona y de la familia*, 2ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2016, pp. 69-70.

2. ORIGEN DE LA FIGURA DE LA PRODICALIDAD³³:

La mayoría de los autores considera que el origen de la prodigalidad se encuentra en el antiguo Derecho Romano, y más concretamente en la época de las XII tablas. Es en este momento donde aparecen las primeras menciones del nombramiento de un curador al pródigo (*cura prodigi*).

Sin embargo A. d'Ors³⁴ realizó una crítica a esta doctrina mayoritaria considerando que su origen es bastante posterior. Dice que en los supuestos de *pater familias* prodigo, lo que se busca con la instauración de esta figura es defender las expectativas hereditarias de la descendencia. Considera contradictorio que un hijo pueda denunciar la prodigalidad de su padre para evitar la disminución del patrimonio y así proteger su posible futura herencia, cuando en esta época los ciudadanos romanos tenían una total y absoluta libertad para disponer de sus bienes tanto *inter vivos* como *mortis causa*. No le encontraba el sentido a que un hijo pueda denunciar la prodigalidad de su padre para evitar que siguiera empobreciendo el patrimonio si luego no iba a recibir nada porque así lo hubiera dispuesto el padre.

Para el autor, sólo tiene sentido la prodigalidad en un sistema jurídico en el que se limite esa capacidad de disposición del *pater familias* sobre sus propios bienes, algo que ocurriría en un derecho más posterior donde se iba a defender el patrimonio hereditario destinado a los *heredes sui*, para no dejarles una cuota insuficiente.

Sin embargo vamos a centrarnos en la doctrina mayoritaria.

Según la tabla V. 7. C. se establecía la posibilidad³⁵ de privar de la administración de sus bienes a quienes tuvieran la condición de pródigos. Para suplir esta limitación a la administración debía nombrárseles un curador, nombramiento que deberá recaer en un agnado³⁶.

³³ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*” en el presente estudio. Origen, concepto y textos de interés» en *Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*, tesis doctoral, Lázaro (dir.), Universidad Jaume I, 2015, pp. 88 a 117.

³⁴ D'ORS, A., «Una recapitulación sobre XII tablas V.7^a: “*si furiosus escit*» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (sección Derecho Romano)*, Valparaíso, Chile, 1995

³⁵ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*”...» *cit.*, p. 91.

³⁶ Aquel que se hallaba unido legalmente por agnación (vínculo legal o civil de la antigua Roma, a diferencia del vínculo por cognación) a una familia por vía masculina.

Podían ser declarados pródigos los varones, ciudadanos romanos, púber y *sui iuris* así como que fuera respecto de su *pater familias* heredero *ab intestato*, en la medida en que sólo ellos reunían las condiciones necesarias para poder dilapidar sus bienes.

En la época de las XII tablas la prodigalidad tenía un carácter restrictivo, ya que únicamente podía aplicarse sobre quien dilapidaba el patrimonio familiar heredado de una *sucesión ab intestato*.

Posteriormente, en la época clásica, esto se amplió al fijarse que el pretor podía nombrar curador a aquel que derrochaba y no podía ser considerado *prodigi* en la época anterior.³⁷ Además también se extendió al hacerse irrelevante el origen de los bienes³⁸.

Ulpiano definió al *prodigus*³⁹ “como un hombre que sin limitación de tiempo ni fin para los gastos, consume sus bienes derrochándolos y disipándolos”. De este concepto se extrae que, como en la actualidad, no bastaban meros hechos esporádicos sino que debía tratarse de una conducta habitual; estos gastos no debían buscar una finalidad útil sino que suponen una dilapidación y derroche de los bienes de quien la realiza.

Cicerón completó la definición⁴⁰ diferenciándolo de los liberales. Los segundos son aquellos que realizan gastos útiles, con una finalidad noble acorde a las buenas costumbres y los primeros malgastan su patrimonio en cosas efímeras, realizando gastos inútiles y considerados inmorales, sin tener en consideración el patrimonio familiar.

Este gasto debía constituir un auténtico peligro para el patrimonio familiar, debiendo dejarse claro que el resultado de continuar con tal actividad sería la ruina.

En su imposición no se atendía a las causas subjetivas que derivaban en una actuación de este tipo, sino que únicamente era relevante el perjuicio que se estaba causando al patrimonio familiar, sin que fuese exigible la ruina efectiva o la cercanía a ello, únicamente que realizase gastos que no guardasen proporción con la medida de su patrimonio ni sus rendimientos. Por tanto era importante no confundir al enfermo mental con el pródigo, aunque el origen de tal actuación pudiese estar en una locura.

³⁷ Así por ejemplo, ahora podían ser declarados *prodigi* el liberto (esclavo al que se le ha concedido la libertad y que nunca podría haber heredado de su padre), los esclavos o la mujer que no estuviese sometida a tutela.

³⁸ Ya no era necesario que su origen fuese una sucesión *ab intestato*.

³⁹ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*”...» *cit.*, p. 93.

⁴⁰ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*”...» *cit.*, p. 94.

La declaración de prodigalidad era una decisión judicial y no un acto de reflexión legislativa. Para el pródigo existía una primera declaración de prodigalidad, lo que se asemeja mucho a la actual declaración de incapacidad, algo que no sucedía en el resto de figuras en esta época⁴¹.

La figura del curador era nombrada por los Pretores y los Gobernadores y una vez que el declarado pródigo alcanzaba las buenas costumbres de nuevo la función del curador finalizaba de manera automática, sin que se necesitase una declaración que lo acreditase a diferencia de lo que ocurre en la actualidad⁴².

Sin embargo, como se acaba de mencionar, sí que era necesario para declarar la figura del *prodigus* una interdicción, un proceso concreto de prohibición, algo muy novedoso para la época⁴³.

Esta interdicción afectaba a todo el patrimonio del pródigo (tanto presente como futuro) con la finalidad de prohibirle la posibilidad de disponer sobre el mismo. Esta declaración funcionaba de manera independiente a que el pródigo quedase sometido a curatela⁴⁴. Primero se le debía prohibir a la persona *sui iuris* la gestión de sus propios bienes y para que ya posteriormente se le encomendase un *curator* que los administrase⁴⁵.

Como no existían criterios determinados que dictasen si una persona era pródiga o no, la valoración de tal comportamiento correspondía al Magistrado.

El pródigo no era completamente incapaz, sino que estaba capacitado para llevar a cabo actos que favoreciesen a su patrimonio; también podía contraer matrimonio pero no podía hacer testamento. Por tanto el *curator* únicamente debía intervenir en los actos que le causaban un deterioro patrimonial, no en los que lo favorecían.

⁴¹ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*”...» *cit.*, p. 96.

⁴² COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*”...» *cit.*, p. 98.

⁴³ Alrededor del origen de esta característico proceso todavía existe mucha controversia: algunos autores opinan que su origen es legal, otros que es consuetudinario (un sector cree que anterior a las XII tablas y otro que posterior a estas) y por último hay quienes era consuetudinario y fue recogido por la Ley con la redacción de las XII tablas.

⁴⁴ El hecho de que fuese necesario un procedimiento para declarar a alguien pródigo fue algo único y distaba mucho por ejemplo del enfermo mental, puesto que con el mero hecho de la aparición de la locura era suficiente para considerarlo incapaz, sin necesidad de declaración, entrando en funcionamiento los mecanismos asistenciales.

⁴⁵ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*”...» *cit.*, p. 105.

Tanto curador como pupilo podían ejercitar la *actio negotiorum gestorum*; el primero hacia el segundo para exigirle reclamación por los gastos que le pudiese causar la gestión y viceversa por el deterioro patrimonial que le hubiese podido causar con su gestión⁴⁶.

3. LA PRODICALIDAD EN PROFUNDIDAD:

3.1 Su posición en el sistema normativo español:

A lo largo de la historia la concepción que se ha tenido de la figura de la prodigalidad ha ido evolucionando, variando el interés protegido y los principios que la rigen. Todo esto justifica que existan tres etapas perfectamente diferenciadas en lo que a su regulación en el ordenamiento jurídico español se refiere⁴⁷.

A) La prodigalidad entre el periodo comprendido entre la promulgación del Código Civil en el año 1889 y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de la reforma del Código Civil en materia de tutela.

Durante este amplio periodo la regulación de la prodigalidad se establecía en el apartado tercero del artículo 220 del CC y de los artículos 221 a 227 de este mismo cuerpo legal. En este tiempo la concepción que tenía el legislador sobre el pródigo era la de un incapacitado, o esa era la idea que se transmitía al menos con su ubicación dentro del CC 1889. Esto es así ya que en el artículo 200⁴⁸ se enumeraban las personas sujetas a tutela, disponiéndose en su apartado tercero que los declarados pródigos quedarían sometidos a tal institución. Esta idea se completaba con lo dispuesto en el artículo 199 del CC 1889, el cual exponía literalmente que «El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos».

⁴⁶ COLMENAR MALLÉN, M.A., «La especial relevancia de esta figura del “prodigus”...» *cit.*, p. 110.

⁴⁷ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad: una visión general» en *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Número 1, Valencia, 2015, p. 9.

⁴⁸ Artículo 200 CC1889: «Están sujetos a tutela: 1º. Los menores de edad no emancipados legalmente. 2º. Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir».

Sin embargo sí que hay que tener en consideración que, a pesar de su ubicación en el sistema normativo, ya se tenía en consideración la especialidad de la figura respecto de los regímenes de incapacitación generales⁴⁹.

Los otros siete artículos regulaban más específicamente la figura, tanto desde una perspectiva sustancial como otra de tinte procesal⁵⁰.

El artículo 222 CC 1889 recogía aquellos legitimados activamente, diciendo que estaban capacitados para instar la declaración de prodigalidad «el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o estén incapacitados».

Mención especial merece también el antiguo artículo 224 CC 1889, de donde se deducía la ya mencionada especialidad de la prodigalidad respecto al resto de incapacidades. En él se decía que «la declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo». Es decir, se limitaba ya al aspecto patrimonial del sujeto en cuestión y no suponía ningún tipo de atribución del tutor respecto de la figura del declarado pródigo.

Siguiendo con esta idea estaba el artículo 225 CC, el cual establecía quién era el encargado de administrar los bienes de la persona: «el tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio», atribuyéndose al cónyuge de aquel la administración de: «1º. Los bienes de los hijos comunes. 2º. Los bienes gananciales. 3º. Aquellos administrados por el pródigo que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados al levantamiento de las cargas del matrimonio».

Finalmente el artículo 226 CC 1889 es el equivalente al artículo 297 CC actual, el único que sigue vigente en el CC actual como veremos a continuación. Según el, los actos realizados con anterioridad a la declaración de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa.

⁴⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 10.

⁵⁰ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 10.

De lo aquí expuesto se llega a la conclusión de que los aspectos más destacables de este periodo son⁵¹: el interés protegido con esta institución es la legítima, la consideración del pródigo como un incapaz *sui generis*⁵² y que se le sometía al régimen de tutela⁵³.

La primera de las cuestiones se extrae de lo recogido en el ya mencionado antiguo artículo 222 CC, el cual hablaba del cónyuge y herederos forzosos⁵⁴ –lo que va claramente relacionado con la legítima-. Esta distinción además no era muy correcta, puesto que el cónyuge debería haber entrado en esta categoría ya que, aunque no en propiedad, sí era heredero forzoso de un derecho de usufructo sobre los bienes del cónyuge fallecido.⁵⁵

A la segunda de las cuestiones ya se le ha hecho referencia con anterioridad. Pese a su ubicación dentro del texto legal, ya en aquella época el declarado pródigo no era considerado un incapaz, únicamente se le limitaban ciertos actos de carácter patrimonial, pero no otros derechos inherentes a su capacidad de obrar⁵⁶.

El encuadre de esta figura ha sido un problema para todos los legisladores, pero más aún si cabe para los del año 1889. Esto se debe, como veremos a continuación, al hecho de que durante este periodo no existía en nuestro ordenamiento la figura de la curatela, una institución de carácter más flexible, claramente más adecuada para el supuesto que se nos presenta, ya que mientras que el tutor se encarga de representar al incapacitado, el curador únicamente debe complementar su capacidad.

El hecho de que solo existiese la opción de la tutela como institución de guarda implicaba la necesidad de incluir la prodigalidad junto al resto de supuestos afectos por ella en el artículo 200 del antiguo CC1889, como se ha explicado.

Para mitigar el carácter tan rígido de la tutela y tratar de diferenciar la prodigalidad del resto se redactó el artículo 224 CC1889, que como ya se ha hecho referencia, dejaba

⁵¹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 11.

⁵² Expresión latina que significa peculiaridad, que no coincide exactamente con lo que se designa.

⁵³ Lo cual tiene su explicación en el hecho de que en esta época no estaba vigente la institución de la curatela, la que volvió a nuestro ordenamiento con la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

⁵⁴ Herederos forzosos eran los expuestos en el artículo 807 CC, es decir, los hijos o descendientes legítimos y padres o ascendientes legítimos.

⁵⁵ El artículo 834 CC1889 disponía que el viudo tenía derecho a: (...) «una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados.

Si no quedare más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio.

Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio se esperará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

⁵⁶ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 13.

constancia de que la «incapacitación» se centraba exclusivamente en el ámbito patrimonial.

Finalmente la tercera de las ideas destaca por el hecho de que para emplear el régimen de tutela en este supuesto se debe modificar la naturaleza de tal institución de guarda, al ser incompatible con los principios de la prodigalidad⁵⁷.

El tutor es el representante legal del incapacitado, salvo en aquellos actos que pueda realizar el tutelado por sí mismo, ya sea por disposición de la ley o por lo dispuesto en la sentencia de incapacitación. Además, el tutor es también el administrador legal de su patrimonio. Es decir, suple o sustituye al representado⁵⁸.

Existe por tanto una clara desproporción entre la figura empleada y la situación de la persona en cuestión ya que el declarado pródigo no se ve privado de su capacidad de obrar, sino que únicamente la ve limitada en lo referente al aspecto patrimonial. Por tanto un régimen como el de curatela que no sustituya, sino que complemente y asista al sujeto sería mucho más proporcional y adecuada al caso.

B) La prodigalidad entre la Ley 13/1983, de 24 de octubre y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

La Ley nombrada en el título de este apartado supuso un importante cambio en materia de tutela y, por tanto, también en el tema que venimos tratando⁵⁹.

La prodigalidad se reguló en la Sección Segunda del Capítulo III, Título X, del Libro I del Código, bajo el título «De la curatela en casos de prodigalidad», venía integrada por los arts. 294 a 298, en los que se contenía el régimen jurídico tanto material como algún aspecto procesal de la figura⁶⁰, conjunto normativo precedido a su vez por el apartado 3º del art. 286: «Están sujetos a curatela: 3º. Los declarados pródigos».

Son dos los cambios principales: el primero de ellos el interés legítimo protegido, el cual deja de ser la protección de la legítima para empezar a ser el aseguramiento de los

⁵⁷ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 14.

⁵⁸ Díez-Picazo, L., «La incapacitación», en *Sistema de derecho civil*, volumen I, 12ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2012 pp. 247 y 248.

⁵⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 15.

⁶⁰ Antes de la promulgación de esta nueva ley hubo partidarios a favor de suprimir la figura y otros de mantenerla. Finalmente se llegó a la segunda de estas posturas gracias a la consideración del patrimonio como un elemento con funciones familiares que debían ser defendidas.

alimentos y el segundo el resurgimiento de la curatela, institución mucho más adecuada como ya se ha explicado ya que le permite al juez graduar las limitaciones impuestas al capaz según el grado de discernimiento.

Centrándonos en el interés legítimo protegido, este dejó de ser la defensa de las legítimas de los herederos forzosos a la protección de los derechos de alimentos que estuviesen percibiendo o estuviesen en condiciones de percibir⁶¹.

El cambio por tanto no se dio en la idea de función familiar sino que, dentro de esta, varió el interés legítimo protegido.

Hubo quien fue partidario de la idea de que el cambio fue más profundo, defendiendo que esto suponía dejar de considerar la prodigalidad como una incapacitación. Según ellos, el cambio giró en torno al artículo 10 CE, diciendo que para defender la dignidad de la persona había que restringir la discapacidad a los supuestos en los que realmente se estuviese defendiendo a la persona y no los intereses de terceros, por lo que la Ley 13/1983 extrajo la prodigalidad de los supuestos de incapacitación.

Otro sector sin embargo considera que el motivo del cambio de percepción no está en el artículo 10 CE⁶² ya que según ellos, nunca estuvieron dentro de los supuestos de incapacitación. Dicen que, con anterioridad, ante la falta de opciones donde incrustar la prodigalidad hizo que se colocase junto a las causas de incapacidad; también el hecho de que sólo existiese la tutela hizo que se tuviese que aplicar esta institución. No obstante dicen que ya para el legislador de 1889 la prodigalidad tenía unas características diferentes y es muestra de ello la forma desnaturalizada que adoptaba la tutela en estos casos⁶³.

Se puede decir por tanto que la prodigalidad estuvo dentro de los supuestos de incapacidad desde una perspectiva puramente formal, pero nunca de manera sustancial.

⁶¹ STS 7269/1996, de 17 de diciembre de 1996 (Aranzadi: 1996\8973).

⁶² Artículo 10 CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁶³ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 16-17.

Por ello debe considerarse que el cambio únicamente se centró en la modificación del interés legítimo protegido como se ha mencionado y en la adopción de un régimen más adecuado a las características de estos casos, nombrándose a un curador que no represente, sino que asistiese al declarado pródigo en aquellos actos dispositivos que fuesen considerados necesarios⁶⁴.

C) La disposición derogatoria única 2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se derogaron todos menos uno de los artículos que se integraban dentro de la Sección de título «De la curatela en casos de prodigalidad», el artículo 297 CC⁶⁵, quedando el resto de la regulación dispersa dentro del Libro IV, Título I, capítulo II de la LEC⁶⁶.

Este cambio de un texto legal a otro, según diversos expertos, no ha supuesto un gran avance. Sí es cierto que había preceptos de carácter procesal que se encontraban dentro del CC, pero también había otros que como ya se ha explicado, regulaban el aspecto material de la figura; no es del todo lógico suprimirlos del código centenario donde estaban recogidos. Además, para completar esta crítica, el traslado ha supuesto que su regulación sea más dispersa y, por el contrario, no ha corregido defectos anteriores; incluso se puede decir que los ha empeorado.

Este es el caso del derogado artículo 298 del CC, cuyo contenido se fijó en el actual artículo 760.3 de la LEC⁶⁷.

El primero de ellos decía que «la sentencia determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador», mientras que este último dice «la sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle».

⁶⁴ Artículo 288 CC: «En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos».

⁶⁵ Artículo 297 CC: «Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa».

⁶⁶ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 17.

⁶⁷ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 19.

En la nueva redacción se sigue diciendo «consentimiento» cuando no debería ser así, ya que únicamente debe asistirle o complementarle; pero además se ha establecido que deberá hacerlo «la persona que deba asistirle» en vez de «curador», lo cual era mucho más preciso ya que es el régimen que se debe aplicar.

Otro ejemplo de empeoramiento es el que nos podemos encontrar en el artículo 759.2 LEC y 760.2 LEC, aparte de que es un claro ejemplo de dispersión⁶⁸. El primer precepto dice que «cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviere suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno». Esta actuación es aplicable también a los supuestos de prodigalidad pero empleándose de nuevo los términos de incapacitación o incapaz, cuando ya se ha visto que el pródigo no tiene tal condición.

El segundo es meramente gramatical, dice: «En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él». Primeramente dicen incapacitación o prodigalidad, en ese orden, para luego decir asistir o representar, debiendo haberlo hecho al revés⁶⁹. Respecto al resto de preceptos no hay nada muy destacable.

La legitimación activa se regula en el artículo 757.5⁷⁰ LEC, el cual es prácticamente idéntico a su antecesor artículo 294 CC⁷¹. Los artículos de carácter procesal, antiguos 295 CC y 296 CC aparecen ahora en el 756⁷² y 758 LEC⁷³.

⁶⁸ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 20.

⁶⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 20.

⁷⁰ Art 757.5º LEC: «La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal».

⁷¹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 18.

⁷² Art 756 LEC: «Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiere la declaración que se solicite».

⁷³ Art 758 LEC: «El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado».

3.2 Delimitación del concepto de prodigalidad:

Es de vital importancia determinar el alcance de la idea de prodigalidad, puesto que ni el CC con anterioridad ni la LEC actualmente, nos dan una definición⁷⁴.

Lo destacable de él es que hace referencia a comportamiento o conductas, desprende un atisbo de continuidad o reiteración como ha establecido la jurisprudencia antigua y reciente. Más concretamente, la SAP A Coruña, de 3 de junio de 2005⁷⁵ expresa en su fundamento de derecho tercero que: «ha sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando el concepto de pródigo considerando como tal a aquella persona que de forma habitual gasta el patrimonio de manera desordenada y excesiva».

La conducta socialmente condenable por tanto es la de aquella persona que de manera habitual pone en riesgo el patrimonio de manera injustificada su patrimonio, de una manera airada y nada razonable. El hecho de que la continuidad sea una premisa básica impide que sea considerado pródigo aquel que realiza grandes gastos de patrimonio pero de manera aislada o puramente circunstancial⁷⁶.

Resume muy bien esto la antigua STS 25 marzo 1942 la cual dice: «En resumen, la prodigalidad supone la realización, de forma reiterada, de actos de contenido económico desproporcionado tanto en relación con el volumen Patrimonial de quién los realiza como con la finalidad perseguida y que el conjunto de la sociedad considera inapropiados. Por ello la conducta aislada (...) no determina la calificación de prodigalidad».

Lo desproporcionado de los gastos realizados por el declarado por el pródigo lo son en relación con su volumen patrimonial, con la finalidad de los mismos (cuestión que se tratará a continuación) y por su consideración de inapropiados. Sin embargo el examen de estos gastos para observar si se dan estas situaciones debe hacerse a posteriori. Una vez se haya comprobado que el sujeto realiza gastos de manera habitual es cuando se debe observar la finalidad de los mismos, su adecuación y compararlos con su patrimonio⁷⁷.

⁷⁴ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 21.

⁷⁵ SAP A Coruña (sección 3ª), nº 241/2005, de 3 de junio (Aranzadi: JUR 2006\6377)

⁷⁶ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 23-24.

⁷⁷ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 26-28.

Del hecho de que se deben comparar los gastos con su volumen patrimonial se extrae la idea de que es condición esencial de la prodigalidad que las conductas derrochadoras deben afectar a su propio patrimonio, no el de otros.

Esto aparece determinado también por la doctrina, como por ejemplo la SAP Málaga, de 24 octubre 2012⁷⁸: «Ser una conducta determinada, por cuanto que no es pródigo quien, sin más, lleva una vida desordenada, que no afecta a su patrimonio, habida cuenta de que el concepto que tratamos se refiere sólo a la actividad económica, a la administración y disposición del patrimonio...».

El sujeto debe llevar una vida desordenada, pero este estilo debe afectar directamente a su esfera económica. El declarado pródigo debe por tanto despilfarrar, derrochar, malgastar, y esta conducta debe tener como resultado que su patrimonio se vea afectado. Por tanto, si se hiciese un balance de ingresos y gastos el resultado debería ser negativo; es condición que su patrimonio se vea reducido o mermado. Si una persona malgastase una gran cantidad de dinero de una manera inútil pero generase aún más, no podría ser declarado pródigo. Tampoco podría ser declarado por tanto si hiciese un gran desembolso en un primero momento pero este tuviese como finalidad proteger o hacer incrementar su patrimonio.

La conducta generadora de la reducción del patrimonio puede ser tanto activa como pasiva, puede tratarse tanto de situaciones de dar o hacer, como no hacer u omisiones. Por tanto el sujeto puede ser declarado pródigo tanto por hacer el tipo de actuaciones que a todos se nos vienen a la mente, gastando grandes cantidades de dinero de una manera poco razonada, como por dejar de hacer aquellos actos que le fuesen a suponer ingresos.

Merecen mención especial, con objeto aclarativo, los gastos con finalidad benéfica o altruista. Los gastos del pródigo siempre van a tener una finalidad, nadie malgasta por malgastar lanzando billetes, si eso ocurriese sería necesario aplicar otra figura diferente a la prodigalidad posiblemente. La cuestión a tratar es si es condición que los gastos tengan un fin reprochable o no lo es.

La respuesta a esta cuestión debe ser negativa; el único requisito es que se estén llevando a cabo unos gastos que estén perjudicando a la masa patrimonial. Es indiferente por tanto

⁷⁸ SAP Málaga (sección 6ª), 542/2012, de 24 de octubre (Aranzadi: 2013\190205)

que el destino de estos gastos sean donaciones a organizaciones dedicadas a la investigación o a causas altamente reprobables socialmente hablando⁷⁹.

Finalmente, todas estas cuestiones o características de la prodigalidad se unen y les da sentido el interés concreto protegido. La merma patrimonial que debe estar provocando los gastos del pródigo debe impedir o poner en peligro la percepción de alimentos a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes.

Por tanto, aunque se esté llevando una conducta airada económicamente hablando por una persona que está prestando alimentos o está en situación de que se los reclamen, si no hay pruebas de que se van a dejar de percibir o se van a poner en peligro, no se daría el presupuesto básico que legitimase activamente a estos familiares⁸⁰.

Posteriormente se explicará más detenidamente el interés protegido.

Es de especial interés la SAP de Córdoba, de 29 de abril de 2003⁸¹, que dice que: «un concepto relativo, no hay un módulo o arquetipo de prodigalidad; su determinación debe realizarse en cada situación concreta y dependen no sólo de la finalidad del acto realizado, sino también del volumen patrimonial de quien lo realiza, de modo que si aquél acto no pone en peligro las responsabilidades patrimoniales en relación a obligaciones de alimentos, aunque objetivamente sea desproporcionado o sin justificación, no determinará la declaración de prodigalidad».

Por último, exponer la autonomía de la prodigalidad como último elemento delimitador del concepto. La figura de la prodigalidad solo será considerada tal si aparece de manera autónoma, ella sola. Si por el contrario aparece como un síntoma más de la conducta de una persona no cabría hablar de esta institución, sino que nos encontraremos ante una causa de incapacidad ya que no estaríamos ante una persona que solamente se ve afectada en su aspecto económico⁸².

Esto es síntoma también de que la prodigalidad, aunque suponga una modificación de la capacidad de obrar, no es una incapacitación, al no invadir en ningún momento su esfera personal. De esto se hace eco la SAP de Vizcaya, de 21 de septiembre de 2017⁸³, la cual

⁷⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 29-30.

⁸⁰ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 30.

⁸¹ SAP Córdoba (sección 1ª), nº 223/2003, de 29 de abril

⁸² CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 32-33.

⁸³ SAP Bilbao (sección 4ª), nº 582/2017, de 21 de septiembre (Aranzadi: JUR 2017\290934)

dice: «Con este planteamiento no cabe duda que la sentencia de instancia peca de incongruencia ya que resuelve el objeto litigioso como si se hubiera interpuesto una demanda de modificación de la capacidad civil del demandado para el gobierno de su persona y bienes, y no aborda la petición efectivamente formulada de declaración de prodigalidad». En este caso el tribunal de primera instancia desestimó la demanda al considerar que la persona tenía facultad de autogobierno y no sufría ninguna deficiencia que argumentase la incapacitación e instauración de una tutela. En apelación, la Audiencia Provincial dijo que la demanda solicitaba la declaración de prodigalidad, en ningún momento se hacía referencia a que estuviese pidiendo la incapacitación, sino que únicamente se pedía el nombramiento de un curador que administrase sus bienes.

Como conclusión de este apartado de delimitador de la prodigalidad podemos decir que es aquella conducta continuada, que causa daños a su propio patrimonio poniendo en peligro los alimentos que estén percibiendo o estén en condiciones de hacerlo su cónyuge, ascendientes o descendientes y que aparezca de manera autónoma, sin ser parte de una manera de actuar más amplia.

3.3 El interés concreto protegido:

La existencia de la figura de la prodigalidad siempre ha supuesto que el legislador le asigna una especie de función familiar al patrimonio⁸⁴.

Este hecho ha permanecido invariable desde la primera redacción del CC hasta nuestros días. Así pues, en el periodo comprendido entre 1889 y 1983, cuando el interés protegido eran las legítimas de los herederos forzosos, esta función familiar estaba presente. Una vez entró en vigor la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela y aunque el interés protegido pasó a ser el derecho de alimentos, la función familiar siguió latente.

Vivimos por tanto una variación del interés protegido y la invariabilidad de la función familiar del patrimonio⁸⁵.

La obligación de prestar alimentos no ha sido definida por nuestro legislador, siendo la jurisprudencia la que ha tratado de delimitar el concepto. Un ejemplo es la STS de 13 de

⁸⁴ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 34.

⁸⁵ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 34-35.

Abril de 1991⁸⁶, la cual nos define la obligación alimenticia como «un deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras, y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir alimentos, y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir, hipotéticamente, la condición de necesitado y el segundo de poseer los medios y bienes aptos para atender la deuda».

El artículo 142 del CC nos determina el contenido del derecho de alimentos, diciéndonos: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

La idea esencial que subyace tras esta obligación es la de garantizar la subsistencia de una persona, proporcionarle alimentos y asistencia.

La jurisprudencia ha tratado de describir esta situación con más o menos detalle, sin embargo ha sido siempre algo complejo ya que existen multitud de variantes y se debe atender al supuesto concreto⁸⁷.

Vemos por tanto claramente que la función de la figura es proteger el interés de terceros, no el del declarado pródigo. Muestra de ello podría ser el caso de que una determinada persona llevase a cabo actuaciones que encajarían perfectamente en el supuesto de hecho de la prodigalidad (conducta continuada de despilfarro, produciendo una merma en su propio patrimonio) pero no tuviese ningún ascendiente, descendiente o cónyuge, no habiendo por tanto ningún sujeto legitimado activamente. Por tanto, no habiendo quien cuyo interés sea objeto de protección, al ordenamiento jurídico le resulta irrelevante lo que haga esta persona con su patrimonio y la situación en la que se pueda encontrar⁸⁸.

⁸⁶ STS de 13 de Abril de 1991 (RJ\1991\2685), fundamento de derecho nº 2.

⁸⁷ BERENGUER ALBALADEJO, C., *El contrato de alimentos*, edición 1ª, Dykinson S.L, Madrid, 2013 pp. 165 a 167

⁸⁸ Por el contrario, en el artículo 634 CC Lo que al legislador le preocupa es que, por vía de donación, y como consecuencia de actos dispositivos de tal naturaleza, el sujeto no se reserve en plena propiedad, o en

Esta es la posición que mantiene la jurisprudencia, siendo un ejemplo la SAP Alicante 29 enero 2013⁸⁹: «Es claro que si el bien jurídico protegido con la institución no reside en el interés del sujeto, sino de personas distintas, como son los integrantes del grupo familiar con derecho a alimentos, el concepto de incapacitación, en cuanto procedimiento dirigido a constituir un estado que sirva a la protección del propio incapacitado, no conviene a esta situación».

3.4 Cuestiones procesales:

A) Legitimación activa:

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el interés concreto protegido ha variado a lo largo del tiempo, pero no así la función familiar de la figura. Es por ello que desde los orígenes del CC en 1889 los capacitados para instar la prodigalidad han variado tan poco, pasando de ser en un primer momento el cónyuge y los herederos forzosos⁹⁰, al cónyuge, ascendientes y descendientes⁹¹ a partir de la reforma de 1983⁹².

a) Especial situación del cónyuge⁹³

En la redacción originaria del artículo 222 del CC 1889 se hacía referencia, como ya se ha dicho, al cónyuge y a los herederos forzosos. Esto no fue considerado del todo correcto dado que por el mero hecho de serlo ya ostentaba esa condición ya que tenía derecho a una legítima, materializada en una cuota de derecho de usufructo igual a la que por legítima correspondiese a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados⁹⁴.

Hoy en día la enumeración dada por el artículo 757.5 de la LEC es mucho más correcta ya que obviamente el cónyuge no es ni un ascendiente ni un descendiente, por lo que tiene

usufructo, «lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». En este caso parece que el legislador sí se centró en el interés del sujeto y no en el de terceros.

⁸⁹ SAP Alicante (sección 6ª), nº 52/2013, de 29 de enero (Aranzadi: JUR 2013\151790)

⁹⁰ Antiguo artículo 222 del CC

⁹¹ Recordando siempre que estén percibiendo alimentos o estén en condiciones de reclamarlos y que se esté dando la conducta pródiga por parte del sujeto.

⁹² En el artículo 294 del CC en un primer momento y en el artículo 757.5 LEC en la actualidad.

⁹³ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 45-51.

⁹⁴ Artículo 834 del CC originario

sentido mencionarlo separadamente. Sin embargo la figura del cónyuge no deja de suscitar algunas dudas.

Más concretamente, la duda existente es si este tiene también que ser perceptor de alimentos o estar en situación de reclamarlos, como los ascendientes y descendientes, o si por el mero hecho de ser cónyuge ya está legitimado activamente.

Queda claro que los ascendientes y descendientes deben probar que están percibiendo unos alimentos o se encuentran en situación de reclamárselos a quien está llevando a cabo una supuesta conducta pródiga, sin embargo no es tan seguro que el cónyuge deba hacerlo. Esto se debe a que por su mera condición y por la existencia de un vínculo matrimonial podría estar⁹⁵ ya legitimado. De esta forma la prueba a la que se vería sujeto el cónyuge sería mucho menor, puesto que únicamente consistiría en demostrar que el esposo está teniendo una conducta de despilfarro.

Por la propia relación inter-conyugal el cónyuge estaría legitimado activamente. Así se desprende del contenido del artículo 68 del CC⁹⁶, el cual describe cómo debe ser esta relación, siendo de gran importancia el deber de prestarse socorro donde se puede incluir perfectamente la obligación de prestarse alimentos.

También puede intuirse en menor medida de lo establecido en el artículo 67 CC⁹⁷.

Así lo establece la SAP A Coruña 3 junio 2005⁹⁸ «... no se le puede negar a la demandante su legitimación activa, la cual de manera expresa le viene reconocida en el precepto legal citado, el cual ha sido interpretado erróneamente por la Juez “a quo”, al entender que sólo se le reconocería dicha legitimación a la esposa caso de recibir alimentos del marido, cuando ello no es necesario para estar legitimada, lo que sí se le exige en el supuesto de que dicha petición sea instada por los ascendientes o descendientes o sus representantes legales; en consecuencia, la esposa sí se encuentra legitimada activamente para solicitar la declaración de prodigalidad del marido».

⁹⁵ Debe tratarse siempre de un cónyuge con el que exista un vínculo matrimonial en el momento de presentarse la demanda, excluyéndose a quienes se divorciaron y por supuesto, sobre los que recaiga una declaración de nulidad matrimonial. Por el contrario la legitimación persistiría en los supuestos de separación matrimonial de hecho, puesto que el vínculo sigue vigente; no así en la separación matrimonial contenciosa.

⁹⁶ Artículo 68 del CC: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

⁹⁷ Artículo 67 del CC: «Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia».

⁹⁸ SAP A Coruña (sección 3ª), nº 241/2005, de 3 de junio (Aranzadi: JUR 2006\6377)

En definitiva, la cuestión a tener en cuenta en orden de apreciar la existencia de legitimación activa del cónyuge deberá ser si se está o no dando cumplimiento por parte del presunto pródigo a ese deber de socorro inter conyugal.

b) Ascendientes y descendientes:

En este grupo se incluyen a todas las personas emparentadas en línea recta con el presunto pródigo, siendo irrelevante que sean ascendientes o descendientes matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos. Esta condición debe concurrir en el momento en el que se solicita la declaración de prodigalidad⁹⁹.

Este artículo 757.5 LEC debe ser completado con los relativos a la obligación de prestar alimentos del CC¹⁰⁰, más concretamente al artículo 144 CC¹⁰¹.

La obligación de prestar alimentos es una institución jerarquizada, la cual debe ser tenida en cuenta en el ámbito de la prodigalidad. De esta manera, cuando sean dos quienes están obligados a prestar alimentos, el posible ejercicio de la acción de prodigalidad por quién los está percibiendo (o está en condición de hacerlo) únicamente podrá ir dirigida contra el que está más cerca en la escala jerárquica.

Un ejemplo sería un supuesto en el que un abuelo está prestando alimentos a su nieto y empieza a tener una actitud pródiga que haga que se pongan en riesgo. El nieto no ostentaría la legitimación activa frente a su abuelo pese a cumplir todos los requisitos ya que están sus padres, a pesar de que no son los que los están abonando, y deberían ser ellos quienes los estuviesen prestando¹⁰².

⁹⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 51.

¹⁰⁰ Artículos 142 CC y siguientes.

¹⁰¹ Artículo 144 CC: «La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente:

1.º Al cónyuge.

2.º A los descendientes de grado más próximo.

3.º A los ascendientes, también de grado más próximo.

4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos».

¹⁰² CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 52-53.

Como se ha explicado con anterioridad, los ascendientes y descendientes, a diferencia del cónyuge, deben probar que están percibiendo alimentos o están en situación de reclamarlos ya que no es algo intrínseco a su vínculo¹⁰³.

El primero de los casos es muy sencillo de demostrar, es una situación actual, certificada y de muy fácil comprobación para el tribunal.

Por el contrario, el segundo de los supuestos atañe una mayor complejidad. Son supuestos en los que realmente son necesarios, pero no se están percibiendo o incluso no se han solicitado todavía. En estos casos basta con tener necesidad de ellos, no es necesario que se haya iniciado ningún trámite de solicitud, buscando protegerse una futura percepción. Esta situación es la que el TS denomina «en situación de pasar a actual».

En definitiva, la ostentación de la legitimación activa en estos casos depende del cumplimiento de tres requisitos: ser ascendiente o descendiente en línea recta del declarado pródigo, hallarse percibiendo alimentos de aquel o en situación de reclamárselos y que esté teniendo una conducta que ponga en peligro su mantenimiento o su futuro pago. A su vez, esta conducta puede vulnerar o afectar la obligación de tres maneras: hacer imposible su pago o reducir la cuantía, poner en peligro los que se están percibiendo y “puesta en peligro” por la posible imposibilidad de hacer efectivo el derecho de alimentos del sujeto que esté en situación de reclamarlos. De esta manera, la vulneración del derecho de alimentos afectará siempre a los actuales y la puesta en peligro podrá afectar tanto a los actuales como a los futuros¹⁰⁴.

Parece importante matizar que dentro de los legitimados para instar la declaración de prodigalidad no están los hermanos pese a ser uno de los que, según el artículo 143 CC¹⁰⁵, está capacitado para recibir alimentos.

Esto tiene una doble explicación: la primera es que ya dentro del ámbito de la obligación de alimentos, el hermano ocupa una posición muy residual, alcanzando estos los auxilios necesarios para la vida. La segunda es que el legislador ha tratado de menoscabar lo

¹⁰³ Recordando siempre que la conducta del pródigo debe estar poniendo en peligro el pago de los alimentos.

¹⁰⁴ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 54.

¹⁰⁵ Artículo 143 CC: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.º Los cónyuges.

2.º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

mínimo posible la capacidad de obrar del declarado pródigo y por ello ha tratado de limitar lo máximo quienes pueden solicitar la declaración de prodigalidad¹⁰⁶.

La SAP de Cádiz, de 6 de junio de 2018¹⁰⁷ trata este tema, estableciendo en su fundamento de derecho segundo que: «En el presente supuesto la declaración ha sido instada de forma directa por dos hermanos del propio demandado lo que no está permitido, ya que no figuran entre los interesados de una declaración como la solicitada, que tiene sentido entre personas directamente afectadas por posibles derechos hereditarios o de alimentistas. Lo lógico es instar dicha declaración a través de los legitimados si, como se señala en demanda, tiene hijos y esposa que no son nombrados en la misma».

c) Representantes legales y Ministerio Fiscal¹⁰⁸:

El artículo 757.5 LEC termina diciendo: «La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por (...) y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal».

La figura del representante legal actúa en representación de menores no emancipados o de incapacitados. Es decir, se refiere a los padres o a la persona fijada por una institución de guarda que le represente.

En lo que se refiere al Ministerio Fiscal, del precepto se extrae que no puede iniciar de oficio, sino que deberá hacerlo únicamente en los supuestos en los que los representantes legales no actúen. Es decir, cuando los representantes legales del cónyuge, descendientes o ascendientes no lo inicien cuando deban.

Su presencia en el proceso no es preceptiva, excepto en los supuestos en los que algún interesado sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, tal como establece el artículo 749.2 LEC¹⁰⁹. Esto supone una gran diferencia con el resto de

¹⁰⁶ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 54-55.

¹⁰⁷ SAP Cádiz (sección 5ª), nº 329/2018, de 6 de junio (Aranzadi, JUR 2018\255806)

¹⁰⁸ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 55.

¹⁰⁹ Artículo 749.2 LEC: «En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

procedimientos de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, donde siempre tiene que estar presente¹¹⁰.

De todo lo anterior se deduce que el interés protegido no es el bienestar del sujeto declarado pródigo ni por ende, de la comunidad.

Como se explicará a continuación, puede actuar como defensa del presunto pródigo si este no tiene la suya propia y siempre que no haya sido iniciado por el propio Ministerio Fiscal.

B) Legitimación pasiva:

Únicamente podrá ser legitimado pasivo una persona que tenga cónyuge, ascendientes o descendientes que estén percibiendo alimentos o estén en situación de reclamarlos. Si no existen estas personas no hay legitimado pasivamente ya que, como se ha citado anteriormente, el interés concreto protegido no es el del propio sujeto sino el interés familiar de terceros.

Una vez fijado esto hay que centrarse en el grado de capacidad de obrar del sujeto. La persona capaz de ser declarada pródigo es la persona mayor de edad incapacitada¹¹¹, ya únicamente una persona con todas sus capacidades activas es capaz de mermar su patrimonio de tal manera como para poner en peligro la obligación de alimentos¹¹².

Dos son los casos que pueden suscitar algún tipo de dudas: los menores emancipados y los declarados incapaces¹¹³.

En el primer caso sí que parece posible que pueda ser declarado pródigo, aunque con carácter muy residual. El argumento que se da es que el curador que se le nombraría en

¹¹⁰ Artículo 4 LJV: «El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare».

¹¹¹ Artículo 322 CC: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

¹¹² CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 56.

¹¹³ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 56-57.

el caso de ser declarado pródigo tendría un mayor poder de intervención¹¹⁴ que sus padres o el curador nombrado por haberse emancipado¹¹⁵.

El segundo de los supuestos a mi parecer no es posible. El declarado pródigo no es un incapacitado, únicamente ve limitada su esfera patrimonial en aquellos supuestos que la sentencia establezca. Si la sentencia¹¹⁶ que declara una incapacitación no le impone ninguna restricción en lo que a la administración de sus propios bienes se refiere, es que no lo necesita; por el contrario, si la sentencia de incapacitación le limita su capacidad de disposición y administración de bienes, ya no será necesaria la instauración de la prodigalidad.

Esto está muy relacionado con el principio de autonomía que rige la prodigalidad; debe aparecer ella sola y no como resultado de una deficiencia psíquica o física que deba suponer una incapacitación.

C) Procedimiento¹¹⁷:

La competencia para conocer de las demandas sobre declaración de prodigalidad corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite¹¹⁸.

El artículo 758 LEC establece que «la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere, será defendida por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del

¹¹⁴ Artículo 760 LEC: «La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle».

¹¹⁵ Artículo 323 CC: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad».

¹¹⁶ Artículo 760.1 LEC: «La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763».

¹¹⁷ COLMENAR MALLÉN, M.A, «El procedimiento de incapacitación en la actual LEC» en *Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*, tesis doctoral, Lázaro (dir.), Universidad Jaume I, 2015, pp. 269-270.

¹¹⁸ Artículo 756 LEC: «Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite».

procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial¹¹⁹» siempre que este no hubiera sido ya nombrado.

El procedimiento de declaración de prodigalidad finalizará por sentencia, donde se establecerá el alcance y límites de la misma, así como la persona que debe actuar como curador si se hubiese solicitado en la demanda¹²⁰. Deberá determinar los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

3.5 Efectos de la declaración de prodigalidad:

Los efectos de la declaración de prodigalidad pueden clasificarse en tres bloques: el primero la incidencia de la declaración sobre el propio pródigo, el segundo el resultado que tiene sobre su esfera patrimonial y el tercero la duración de la misma¹²¹.

A) Incidencia de la declaración sobre el pródigo:

El pródigo quedará sujeto a curatela, siendo el curador el que deba asistirle¹²² en aquellos actos en los que haya visto limitada su capacidad de obrar, es decir, aquellos que no pueda realizar por sí mismo¹²³ y los que determine la sentencia. Esta intervención se centrará exclusivamente en la esfera patrimonial del pródigo, no limitando nunca su ámbito personal. Por tanto, como ya se ha reiterado en numerosas ocasiones, no será nunca un incapacitado. Además, la limitación a la esfera patrimonial afectará únicamente a las disposiciones o actos *inter vivos*, no pudiendo influir nunca en los *mortis causa*¹²⁴. Los actos que lleve a cabo el pródigo una vez se le hubiese instaurado este régimen sin el complemento de capacidad que se le exige serán considerados anulables, tal y como

¹¹⁹ Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, esta labor le es encomendada al Letrado de la Administración de Justicia

¹²⁰ De no hacerlo, se iniciará posteriormente un expediente de jurisdicción voluntaria como se explicará a continuación.

¹²¹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 59.

¹²² Nunca dando consentimiento, a pesar de la terminología empelada por el CC.

¹²³ Artículo 288 CC: «En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos».

¹²⁴ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 60.

establece el artículo 293 del CC¹²⁵, a instancia del propio curador o pródigo, durante los cuatro años siguientes a la fecha de cese de efectos de la declaración de prodigalidad¹²⁶.

Parece importante recordar que únicamente serán anulables los actos llevados a cabo sin consentimiento posteriores a la sentencia. Nunca podrán ser atacados por esta causa de prodigalidad los actos anteriores a su declaración, en virtud de lo establecido en el artículo 297 del CC¹²⁷.

B) Influencia sobre la esfera patrimonial del pródigo:

Este es el ámbito más importante ya que es el fin de la figura, tratar de limitar la conducta desordenada que estaba poniendo en peligro la obligación de alimentos.

Como ya se ha citado antes, esta intervención únicamente cabe en los actos que lleve a cabo *inter vivos* y nunca en los *mortis causa*, dado que no ponen en peligro nunca los alimentos por lo que no afectan al interés concreto protegido. El declarado pródigo por tanto, podrá otorgar testamento.

Esto tiene su fundamento jurídico en los artículos 288 CC y 760.3 LEC¹²⁸, los cuales dicen básicamente que el curador únicamente deberá asistir en aquellos actos que los declarados pródigos no puedan hacer por sí solos.

Otra cuestión muy interesante es el efecto que puede tener la declaración de prodigalidad sobre la esfera familiar patrimonial del pródigo, no la suya propia, ya que recordemos que la persona tiene irremediamente ascendientes, descendientes o cónyuge.

¹²⁵ Artículo 293 CC: «Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código».

¹²⁶ Artículo 1301 CC: «La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

¹²⁷ Artículo 297 CC: «Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa».

¹²⁸ Redacción mucho más correcta la del artículo del CC, ya que habla de asistencia mientras que el de la LEC emplea los términos de asistencia y consentimiento, términos de significado muy diferente entre sí, no encajando este segundo en la actividad que tiene encomendada el curador en los supuestos de prodigalidad.

La respuesta a esta cuestión es que la asistencia del curador debe extenderse también al ámbito de estas esferas patrimoniales familiares ya que de lo contrario, podría darse el caso de que la conducta dilapidadora cambiase de ámbito únicamente, volviendo a estar en peligro los alimentos¹²⁹.

C) Duración de los efectos de la declaración:

Dos aspectos son claves en este apartado: el primero de ellos el ya reiterado artículo 297 del CC como inicio y la relativa a la proyección en el tiempo que quepa atribuir a la declaración de prodigalidad.

De lo recogido en el artículo 297 del CC, «Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa», se pueden diferenciar tres periodos distintos: el anterior a la demanda, el comprendido entre la demanda y la sentencia y el posterior a la sentencia.

Los actos llevados a cabo en el primero de los periodos claramente no son impugnables. De no ser así querría decir que los actos derrochadores en sí mismos serían impugnables -siempre que hablemos de prodigalidad únicamente, ya que si estos actos tienen su origen en una anomalía de carácter psíquico podrían estar sujetos a alguna incapacidad y estaríamos ante un caso diferente-¹³⁰.

Los actos llevados a cabo entre la presentación de la demanda y la resolución judicial en cambio sí que podrían ser impugnados, siempre que esos actos puedan considerarse actos de pródigo. La atribución de la etiqueta de pródigo a los actos llevados por el sujeto en este periodo debe hacerse de forma restrictiva, ya que se está limitando a alguien sobre quien no ha recaído una sentencia¹³¹.

Esto tiene como argumento la prevención, buscándose evitar que el posible pródigo acelere su conducta derrochadora para hacer inefectiva la futura resolución judicial.

¹²⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 62.

¹³⁰ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 63.

¹³¹ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 63-64.

El momento en el que entra en juego esto debe ser aquel en el que el demandado tiene conocimiento de la existencia de la demanda y no el de la interposición¹³².

Una vez se dicte la sentencia constitutiva de la prodigalidad, los actos serán impugnables tal y como ya se ha expuesto con anterioridad.

El segundo de los aspectos importantes era la duración de la prodigalidad en el tiempo, en qué momento desaparece. Dos situaciones pueden darse: la primera que la actitud de pródigo desaparezca, indicios de que en el futuro ya no va a serlo; la segunda que desaparezcan las personas que están percibiendo alimentos o están en situación reclamárselos, ya que desaparece con ellos el interés protegido.

La segunda de las opciones es muy sencilla de comprobar, sin embargo la primera acarrea más problemas. Este cambio de actitud no puede centrarse en su conducta, ya que con la instauración de la prodigalidad y la modificación de su capacidad de obrar esta va a cambiar irremediamente; aunque quiera derrochar, no va a poder. Por tanto esos indicios de cambio deben ser psicológicos, inherentes a su persona. Una vez que se observen esos cambios se debe restaurar su capacidad dado que de no hacerlo nunca se podrá comprobar si realmente ha superado ese proceder del derroche¹³³.

De esta cuestión se hace eco la SAP 760/2001 de Guipúzcoa, de 28 marzo de 2001¹³⁴, que dice: «La recuperación de la capacidad implica probar que el pródigo no va a poner en el futuro en peligro su patrimonio con la realización de actos hostiles o desproporcionados, prueba imposible de conseguir, pues si su capacidad de disposición ha quedado limitada por la intervención del curador, difícilmente podrá acreditar que puede ya actuar sin su intervención, por lo que en la mayoría de los casos el Juez acordará el reintegro de la capacidad más en base a unos indicios o presunciones que a pruebas evidentes de la conducta patrimonial procedente del pródigo».

¹³² CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, p. 64.

¹³³ CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad...», *cit.*, pp. 64-66.

¹³⁴ SAP Guipúzcoa (sección 2ª), nº 760/2001, de 28 de marzo de 2001

4. LA PRODIGALIDAD EN ARAGÓN:

La disposición transitoria tercera del CFDA establece: «Desde el 23 de abril de 2007 nadie puede ser declarado pródigo.

Las personas declaradas pródigas con anterioridad siguen rigiéndose por las normas de la legislación anterior, pero pueden solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad». Esta idea es la que se plasma en el artículo 38 CFDA¹³⁵, el cual se basa en el antiguo artículo 35 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona¹³⁶; ley ya derogada pero que entró en vigor el día 23 de abril de 2007¹³⁷.

La idea de este artículo 35 se basa en el derecho histórico aragonés¹³⁸ y lo que nos viene a decir es que se puede incapacitar al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no puede gobernarse por sí mismo, pero no por el mero hecho de derrochar para proteger los intereses de terceros puestos en peligro, como ocurría en lo expuesto hasta ahora.

Esto a mi parecer no es correcto y está mejor regulado en el CC, que aunque separando claramente la prodigalidad del resto de causas de incapacitación, mantiene la institución,

¹³⁵ Artículo 38 CFDA: «1. Nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado.

2. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

3. La prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior.

4. El menor de edad podrá ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.»

¹³⁶ Artículo 35 LDP «1. Nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado.

2. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

3. La prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior.

4. El menor de edad podrá ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.»

¹³⁷ BAYOD LÓPEZ, M.C., «Disposiciones transitorias: primera a tercera» en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado (dir.), edición 1ª, Dykinson S.L., Madrid, 2015, pp. 813-814.

¹³⁸ «Por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón: *Observancia 7ª. "De tutoribus"*»

dando una vía de protección a las personas de los derechos de alimentos que perciben del derrochador¹³⁹.

5 CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

5.1. Objetivos, principios e incorporación a nuestro ordenamiento jurídico:

«El 13 de diciembre de 2006 se firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. La ratificación por España se produjo a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de 2008. La Convención tiene como propósito, según su artículo 1º, #promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad#»¹⁴⁰.

La Convención de las Naciones Unidas entró en nuestro ordenamiento jurídico. Al hacerlo, la nueva normativa resultó incompatible con muchas de las leyes de nuestro sistema que tuvieron que ser reformadas. Esta reforma se llevó a cabo principalmente con la Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual reformó otras diecinueve. De entre estas, es importante destacar la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria, a la que haremos mención posteriormente.

Tres momentos han sido fundamentales¹⁴¹ en la evolución de la regulación de la discapacidad en nuestro ordenamiento:

El primero de ellos es la CE1978, con su artículo 49 a la cabeza en esta materia, que nos dice que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el

¹³⁹ CARRIÓN OLMOS, S., «Prodigalidad y adicciones» en *Revista española de drogodependencias*, vol. 35, no. 2, Aesed, 2010, p 250.

¹⁴⁰ PAU, A., «de la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil» en *Revista de derecho civil*, vol. V, no. 3, Notyreg hispanial S.L., julio-septiembre 2018, p.5.

¹⁴¹ PAU, A., «de la incapacitación...» en *Revista de derecho civil*, cit, p.7.

disfrute de los derechos que este Título «Derechos y libertades» otorga a todos los ciudadanos.

El segundo la ya mencionada ley de 24 de octubre de 1983 de reforma de la tutela en el CC, con la incorporación de la curatela; figura mucho más adaptable a cada supuesto como ya se ha dicho.

Finalmente la entrada en vigor de la ya mencionada Convención de Nueva York, la cual en líneas generales trata de implantar un sistema que garantice la protección del incapaz y no su exclusión, mediante un sistema de apoyos que traten de potenciar los deseos y voluntades del protegido y no simplemente sus intereses.

Esto último supone un gran cambio, otorgar a esos apoyos un carácter subjetivo en vez de objetivo, centrándose en las voluntades y preferencias de la persona con la capacidad modificada y no en sus intereses¹⁴².

De hecho, cuando esas voluntades no están formadas el objetivo es potenciarlas, hacerlas surgir y delimitarlas, tratando que desarrolle en la persona su capacidad de toma de decisiones.

Otra consecuencia es que la discapacidad no puede ser considerada un estado civil, las personas con discapacidad no deben ser vistas como un grupo determinado, sino que debe ser visto como una situación de prestación de apoyos. Esto se debe a que entre las personas con discapacidad no existe una homogeneidad suficiente como para agruparlas, a que las consecuencias de la discapacidad deben imponerse a las personas capaces, - quienes pueden adoptar las medidas necesarias- y a que se trata de determinar los apoyos que permitan el desarrollo de sus aptitudes, no a inscribirlos de manera oficial.

Los principios en los que se fundamenta ésta Convención son¹⁴³: el principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad, principio de no discriminación por razón de la discapacidad, principio de respeto a las decisiones personales, principio de proporcionalidad¹⁴⁴, principio de temporalidad¹⁴⁵, principio de revisión necesaria y principio de apoyo desinteresado y leal.

¹⁴² PAU, A., «de la incapacitación...» en *Revista de derecho civil*, cit, p. 8.

¹⁴³ Preámbulo de la Convención de Nueva York de 2006

¹⁴⁴ Las medidas adoptadas deben ser adecuadas a la discapacidad de la persona.

¹⁴⁵ Que las medidas adoptadas sean lo más cortas posibles.

5.2 Influencia de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria:

No hay mejor manera de definir el objeto de esta ley que exponiendo su primer artículo:

«1. La presente Ley tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales.

2. Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

Del artículo me parece que se ha de destacar el objeto civil y mercantil de los expedientes, así como la falta de controversia. Este último hecho debe ponerse en relación con el artículo 17.3 LJV, en su segundo párrafo, donde se nos dice que «si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente». Se observa que existe una cierta contradicción entre ambos preceptos, al decirnos que la oposición será resuelta en el mismo expediente de LJV.

Por tanto, podemos llegar a la conclusión de que se incluyen en esta ley «los expedientes en los que no existe conflicto, sino tutela pacífica de derechos e intereses civiles y mercantiles y todos aquellos procedimientos que dirigidos a la solución de controversias el Ordenamiento jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso»¹⁴⁶. Son supuestos en los que la urgencia o el interés en evitar el alargamiento en el tiempo de los procesos judiciales justifican la tramitación a través de estos procedimientos caracterizados por su oralidad, inmediatez y ausencia de determinadas formalidades.

Una de las novedades que incluye esta nueva ley respecto a las anteriores es la importancia que se les ha otorgado a los letrados de la administración de justicia y notarios para tramitar e incluso resolver alguno de los expedientes de jurisdicción voluntaria, al

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., «Título preliminar: disposiciones generales» en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, edición 1ª, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.87.

no estar vinculados con derechos fundamentales, discapacidades o menores. Con esto se pretende optimizar los recursos públicos disponibles, tal y como nos enuncia la Exposición de Motivos V y ampliar las opciones que tienen los ciudadanos para tramitar sus solicitudes, según la Exposición de Motivos VI. De esta manera se logra descargar a los jueces, quienes se ocuparan de aquellos expedientes que requieran de una tutela judicial por entrar en juego derechos fundamentales o ser necesaria una protección de los intereses de las partes.

Un ejemplo de esta cesión de competencias es el nombramiento de un defensor judicial en los supuestos del artículo 758 LEC¹⁴⁷, siendo competencia del tribunal anteriormente y del Letrado de la Administración de Justicia en la actualidad, como ya se expuso.

Centrándonos ya en el campo de las modificaciones de capacidad de las personas, lo primero que me llama la atención es el esfuerzo que se ha llevado a cabo para tratar de sustituir los términos «incapaz» o «incapacitado» por la expresión «personas con la capacidad modificada judicialmente». Así se nos manifiesta en la Exposición de Motivos III, tratando de adaptar de este modo la terminología a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006.

A mi parecer, este nuevo enunciado supone un problema en relación con la concreción del objeto tratado en este trabajo.

Si bien nos encontramos ante una locución mucho más respetuosa, sin ese tinte peyorativo que marcaba los conceptos anteriores, supone un problema para delimitar la prodigalidad y separarla de las incapacitaciones. Como ya se ha repetido en numerosas ocasiones, el declarado pródigo ve reducida su capacidad de obrar al limitarse los actos dispositivos y de administración de su patrimonio, pero nunca es considerado un incapacitado al no verse limitada nunca su esfera personal.

Por tanto, con esta nueva terminología, el esfuerzo que ha realizado el legislador para separar la prodigalidad del resto de incapacitaciones se ve difuminado al pasar a

¹⁴⁷ Artículo 758 LEC: «El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado».

considerarlas simples modificaciones de la capacidad de obrar, definición que encaja perfectamente con la naturaleza de la prodigalidad¹⁴⁸.

Esta LJV también ha supuesto un gran cambio en los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho. La entrada en vigor del Capítulo IV del Título II de la LJV ha sustituido a las reglas contenidas en los artículos 1833 a 1879 de la LEC por las aquí contenidas¹⁴⁹. Además ha supuesto también la modificación de algunos preceptos del CC.

Parte de estos cambios se han focalizado en el cambio de competencias entre jueces y Letrados de la Administración de Justicia, sin embargo la decisión de fondo va a seguir siendo siempre del juez, en virtud de lo establecido en el artículo 43.1 LJV¹⁵⁰ y 216.1 CC¹⁵¹, al ser expedientes que tratan sobre menores o personas con capacidad modificada judicialmente¹⁵².

Este expediente de jurisdicción voluntaria se regula en los artículos 43 a 51 LJV y tiene como objeto el nombrar al tutor o curador cuando este no haya sido instaurado en el propio proceso judicial¹⁵³ de incapacitación o, en este caso, declaración de prodigalidad¹⁵⁴. Eso se debe a que el artículo 760 de la LEC¹⁵⁵, el cual regula la sentencia

¹⁴⁸ Sin embargo este cambio no se ha llevado a cabo en todo el ordenamiento. En leyes como el CC o la LEC se siguen empleando los vocablos incapaz o incapacitado (véanse las rúbricas de los títulos IX y X de su Libro I, por ejemplo).

¹⁴⁹ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, la curatela y la guarda de hecho» en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Fernández (dir.), edición 1ª, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.307.

¹⁵⁰ Artículo 43.1 LJV: «Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente».

¹⁵¹ Artículo 216.1 CC: «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial».

¹⁵² SAN MARTÍN ESCRICHE, F., «Disposiciones generales» en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, edición 1ª; Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 20.

¹⁵³ Artículo 44 LJV: «Se aplicará lo dispuesto en esta Sección para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona».

¹⁵⁴ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, pp.311 y 314.

¹⁵⁵ Artículo 760 LEC: «1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle».

de los procesos de la capacidad de las personas, dice que es obligatorio determinar el régimen que se instaura pero no quién debe ocupar ese cargo, excepto cuando se hubiese solicitado en la demanda la incapacitación o declaración de prodigalidad y el nombramiento de quien debe velar por él.

Será competente para conocer de él el juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, tal y como dispone el artículo 43.1 LJV¹⁵⁶. En estos procedimientos no será preceptiva la intervención de abogado y procurador, según lo expuesto en el artículo 43.3 LJV¹⁵⁷.

El artículo 45 LJV establece la tramitación, resolución y recurso de este expediente:

«1. El expediente se iniciará mediante solicitud en la que deberá expresarse el hecho que dé lugar a la tutela o curatela, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de éste y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por éstos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela.

2. En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

3. El Juez designará tutor o curador a persona o personas determinadas, de conformidad con lo prevenido en el Código Civil.

¹⁵⁶ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, p.312.

¹⁵⁷ Artículo 43.3 LJV: «En estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de Abogado.»

4. En la resolución acordando el nombramiento de tutor o curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela o curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto salvo que sea otro el interés de la persona afectada. En defecto de previsiones o cuando las mismas no fueran establecidas en interés del afectado, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del solicitante, en la resolución por la que se constituya la tutela o curatela u otra posterior, el Juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, en interés del constituido en tutela o curatela, así como exigir al tutor o curador informe sobre la situación personal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oirá previamente al tutor o curador, a la persona afectada si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

5. El Juez, en la resolución por la que constituya la tutela o curatela o en otra posterior, podrá exigir al tutor o curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de la misma. También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al tutor o curador, a la persona afectada si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

6. La resolución que se dicte será recurrible en apelación sin que produzca efectos suspensivos. Durante la sustanciación del recurso, quedará a cargo del tutor o curador electo, en su caso, el cuidado del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al Juez».

Vamos a mencionar los aspectos más destacables de este precepto:

El apartado primero establece que el expediente se iniciará con una solicitud que acredite las circunstancias que justifiquen la adopción de uno de estos regímenes, pudiendo a propia sentencia que constituye la prodigalidad servir como argumento.

El juez seguirá las reglas del CC para nombrar al tutor o al curador; para el caso que nos interesa, los artículos 291¹⁵⁸ y 292 CC¹⁵⁹.

El apartado segundo hace referencia a la comparecencia, debiendo acudir el promotor, la persona propuesta para el cargo, el Ministerio Fiscal¹⁶⁰, la de aquel cuya guarda se pretende siempre que tenga la suficiente madurez –algo que ocurre en los casos de prodigalidad- y todas las demás personas que el juez estime oportunas¹⁶¹.

En los últimos años la jurisprudencia se ha ido mostrando cada vez más partidaria de instaurar la curatela en vez de la tutela¹⁶², ya que la propia naturaleza de la figura permite adaptara mejor al caso concreto e influir menos en la persona incapacitada.

Esto ha supuesto que se hayan ido extendiendo características o medidas inherentes a la tutela históricamente a la curatela. Un ejemplo es lo establecido en el apartado quinto, donde se le impone al curador el pago de una fianza como garantía del cumplimiento de sus obligaciones; algo que modifica el artículo 260.1 CC¹⁶³ que contiene esta obligación pero solo para el tutor.

El artículo 45.6 LJV establece que la resolución puede recurrirse en apelación sin que ello tenga efectos suspensivos. Durante este periodo, el asignado al cargo deberá administrar los bienes de a quién asiste¹⁶⁴.

El artículo 46 LJV establece que designado curador, deberá comparecer en el plazo de 15 días para prestar la fianza y aceptar el cargo o excusarse¹⁶⁵ por alguna de las causas

¹⁵⁸ Artículo 291 CC: «Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados».

¹⁵⁹ Artículo 292 CC: «Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa».

¹⁶⁰ Fruto de lo dispuesto en el artículo 4 LJV, una de las principales novedades de esta ley.

¹⁶¹ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, p.317.

¹⁶² ORTEGA FERNÁNDEZ, C., «Expediente de la tutela, la curatela y la guarda de hecho», en *La Incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la Protección de la persona con discapacidad*, trabajo de final de grado, Universidad de Valladolid, 2017, p. 33.

¹⁶³ Artículo 260.1 CC: «El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma».

¹⁶⁴ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, p. 319.

¹⁶⁵ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, p. 320.

previstas en el Código Civil o en el artículo 50 LJV¹⁶⁶. Realizará la aceptación y toma de posesión del cargo tal y como indica el art. 46.3 LJV¹⁶⁷.

En este momento se la LJV ha supuesto una reforma respecto de lo dispuesto en el art. 259 CC, siendo ahora el Letrado de la Administración de Justicia el encargado de dar al designado la posesión del cargo, en vez del juez como venía siendo hasta ahora¹⁶⁸.

El art. 46.3 LJV hace referencia a la obligación de cumplir con los deberes inherentes al cargo, para lo cual tendremos que atender a los artículos 288 a 290 en lo referente al curador¹⁶⁹.

La resolución del expediente que designe el curador podrá inscribirse en el Registro Civil aunque esto no tiene carácter constitutivo, sino que se realiza con el objeto de poder oponerlo frente a terceros¹⁷⁰.

Otro de los cambios introducidos por la LJV en esta materia tiene que ver con la retribución del cargo¹⁷¹. Anteriormente solo se reconocía este derecho al tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permitiese y correspondiendo al juez la fijación del

¹⁶⁶ Artículo 50 LJV: «1. Si concurriera alguna de las causas previstas por el Código Civil para excusarse del ejercicio del cargo tutelar o de la curatela, el tutor o curador deberá alegarla dentro del plazo de quince días a contar desde que tenga conocimiento del nombramiento. Si el motivo de la excusa le sobreviniere durante su ejercicio, podrá alegarlo en cualquier momento, salvo las personas jurídicas, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle.

2. Se podrá admitir la excusa del tutor o del curador previa celebración de comparecencia, en la que necesariamente se oirá a la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo y al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

3. Durante la tramitación del expediente, quien haya solicitado la renuncia estará obligado a ejercer la función y, de no hacerlo, se nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.

4. Admitida la excusa se procederá al nombramiento de nuevo tutor o curador, debiendo remitir, en su caso, la correspondiente comunicación al Registro Civil».

¹⁶⁷ Artículo 46.3 LJV: «Practicadas todas las diligencias acordadas, el designado aceptará en acta otorgada ante el Secretario judicial la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes, y éste acordará dar posesión del cargo, le conferirá las facultades establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento y le entregará certificación de ésta».

¹⁶⁸ ORTEGA FERNÁNDEZ, C., «Expediente de la tutela...», *cit.*, p 35.

¹⁶⁹ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, p. 321.

¹⁷⁰ ORTEGA FERNÁNDEZ, C., Expediente de la tutela...», *cit.*, p 36.

¹⁷¹ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, pp. 324-326.

importe y el modo de percibirlo. En la actualidad el artículo 48 LJV¹⁷² otorga este derecho también al curador, aunque el CC no ha sido modificado¹⁷³.

El artículo 49 LJV¹⁷⁴ regula la remoción del curador de su cargo¹⁷⁵, precepto que deroga el antiguo artículo 1879 LEC el cual decía que esto no era posible.

Las causas de remoción serán las recogidas en el artículo 291 CC, el cual remite a las causas de remoción de la tutela¹⁷⁶.

Durante este procedimiento de remoción el Letrado de la Administración de Justicia designará un defensor judicial.

El artículo 51.1 LJV¹⁷⁷ establece la necesidad de rendir cuentas cuando proceda al curador anualmente y una vez que finalice su cargo, según el 51.4 LJV¹⁷⁸. Esto será una obligación para el tutor, sin embargo para el curador deberá atenderse al caso concreto, debiendo

¹⁷² Artículo 48.1 LJV: «Si se solicitare por el tutor o curador el establecimiento de una retribución y no estuviera fijada en la resolución que hubiera efectuado su nombramiento, el Juez la acordará siempre que el patrimonio del tutelado o asistido lo permita, fijará su importe y el modo de percibirla, atendiendo al trabajo a realizar y al valor y la rentabilidad de los bienes, después de oír al solicitante, al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si fuera mayor de 12 años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el Juez como las partes o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El auto a que se refiere este artículo se ejecutará sin perjuicio del recurso de apelación, que no producirá efectos suspensivos».

¹⁷³ Artículo 274 CC: «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».

¹⁷⁴ Artículo 49.1 LJV: «En los casos previstos por el Código Civil, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado, del sujeto a curatela o de otra persona interesada, se podrá acordar la remoción del tutor o del curador, previa celebración de comparecencia, en la que se oírá también al tutor o curador, a la persona que le vaya a sustituir en el cargo y al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de doce años y al Ministerio Fiscal.

Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal».

¹⁷⁵ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, pp. 326-329.

¹⁷⁶ Artículo 247 CC: «Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados».

¹⁷⁷ Artículo 51.1 LJV: «Anualmente, desde la aceptación del cargo, el tutor o curador deberá presentar dentro de los veinte días siguientes de cumplirse el plazo un informe sobre la situación personal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y una rendición de cuentas de la administración de sus bienes, si procediera».

¹⁷⁸ Artículo 51.4 LJV: «Estas disposiciones serán de aplicación en los supuestos de rendición final de cuentas por extinción de la tutela o curatela, debiendo ser presentada, en su caso, en el plazo de tres meses desde el cese del cargo, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. En estos casos también se oírá, si procediera, al nuevo tutor o curador y a los herederos del tutelado o asistido, en su caso».

abarcar el informe los diversos aspectos a los que haya ido referido el ejercicio de su cargo¹⁷⁹.

5.3 Anteproyectos y propuestas de reforma de nuestro ordenamiento:

Existen en la actualidad diversos anteproyectos y propuestas de reforma de la legislación en materia de discapacidad.

Uno de estas propuestas es la cabo por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, un trabajo sobre el Libro I, título VII de mayo de 2019¹⁸⁰, sobre medidas de protección de la persona que, sin embargo, no hace referencia a la prodigalidad, diciéndonos simplemente que «no se hace mención alguna de la prodigalidad, circunstancia que puede dar lugar en su caso a una medida de provisión judicial de apoyo cuando obedezca a algún tipo de discapacidad». Por lo que yo entiendo, en esta nueva regulación dejaría de existir la figura de la prodigalidad como tal, ya que únicamente se instauraría un régimen de apoyo si existe alguna discapacidad anterior.

Otro de los anteproyectos existentes es el elaborado por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar¹⁸¹. Este anteproyecto recoge en su Exposición de Motivos que «al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella, se ha optado por regular expresamente la prodigalidad como situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales».

«En congruencia con esto, el Anteproyecto separa y regula la prodigalidad en un título aparte, el XII, distinto al de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, a las que dedica el Título XI»¹⁸². Ejemplo de esto es la nueva rúbrica de del Libro IV, Título I, Capítulo II de la LEC, que sigue: «De los procesos sobre la adopción de medidas

¹⁷⁹ GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, curatela...» *cit.*, p. 333-334.

¹⁸⁰http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO_I_TITULO_VII_mayo_2019_MEDIDAS_DE_PROTECCION_DE_LA_PERSONA_-5-5.2019.pdf. [Acceso: 1 de junio de 2019].

¹⁸¹Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429192410?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF. [Acceso: 1 de junio de 2019]

¹⁸² MAGARIÑOS BLANCO, V., «comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del código civil sobre discapacidad» en *Revista de derecho civil*, vol. V, no. 3, Notyreg hispanial S.L., julio-septiembre 2018, p. 217

judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad», en vez del «De los procesos sobre la capacidad de las personas» actual.

En este nuevo proyecto, el apoyo judicial a la persona con discapacidad ha de hacerse sólo a través de la curatela y en su caso, de la guarda de hecho o el defensor judicial¹⁸³. Así lo plasma el artículo 249 del anteproyecto¹⁸⁴.

El Anteproyecto del CC reservaría la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad, y se emplearía la curatela para prestar el apoyo que requieren las personas con discapacidad.

Por tanto, a la prodigalidad, al no considerarla discapacidad y al regularse separadamente, le corresponde una figura diferente, el asistente. Así lo expone el artículo 298: «La prodigalidad es aquella situación en que se encuentra una persona cuya conducta se caracteriza por la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada. En la resolución que declare la prodigalidad se nombrará a la persona que haya de asistir al pródigo y determinará los actos que este no puede realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle».

Otra cuestión importante es la modificación del artículo 749.1 LEC, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos que versan sobre la capacidad de las personas. En el precepto actual no se dice nada de la prodigalidad, pero en la nueva redacción se incluye; dice así: «En los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad y de declaración de prodigalidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada».

¹⁸³ PAU, A., «de la incapacitación al apoyo...» *cit.*, p. 20

¹⁸⁴ Artículo 249 Anteproyecto del CC: «Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad. El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente».

Finalmente, otro de los cambios más importantes que se dan en la LEC tiene su base en otros de los principios de este Anteproyecto, «el Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad; es decir, a las disposiciones que pueda adoptar una persona respecto de su propia (y eventual) discapacidad futura y la preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial»¹⁸⁵.

Se modifica el artículo 757.5 LEC, sobre la legitimación activa, incluyéndose al propio interesado. Queda por tanto de esta forma: «La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el propio interesado, por su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, por los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, así como por los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará por ellos el Ministerio Fiscal».

¹⁸⁵ PAU, A., «de la incapacitación al apoyo...» *cit.*, p. 13

CONCLUSIONES:

Parece claro el problema que ha sido para el legislador el delimitarla y ubicarla dentro del ordenamiento jurídico. El hecho de que hayan variado el interés concreto protegido - pasando de ser la protección de la legítima al derecho de alimentos- y los efectos que produce su instauración- de tutela a curatela- en tan poco tiempo, lo considero una muestra de su singularidad, lo difícil que ha resultado siempre definirla.

No deja de ser una modificación de la capacidad, al igual que el resto de incapacitaciones, pero sin embargo no es considerada tal. Esto encuentra su causa en que la limitación se centra exclusivamente en la esfera patrimonial del declarado pródigo, sin afectar nunca a su ámbito personal; pero también considero que influye el hecho de que su existencia no busca proteger al declarado pródigo -como cuando se nombra un curador para que asista en determinados actos que no puede hacer solo un incapacitado- sino que trata de salvaguardar intereses de terceros. Sí se logra de manera indirecta que siga dilapidando su propio patrimonio, pero no es este el objeto que persigue la figura. Esto último es para mí una de las características fundamentales de la prodigalidad.

Me parece muy destacable también la diferencia que existe entre el Derecho Foral aragonés y el Derecho Civil estatal en la materia. En el CC –ahora junto a la LEC- siempre han existido más o menos complicaciones a la hora de regularla, pero siempre ha estado; por el contrario, desde el año 2007 en Aragón nadie puede ser declarado pródigo.

Nuestra ley civil autonómica me parece que con este hecho se ajusta mucho más a los principios o ideas de la Convención de Nueva York de 2006 que la ley estatal, lo cual no quiere decir que sea del todo positivo en este caso.

Pienso esto porque uno de los objetivos de la Convención era pasar de unos apoyos objetivos, centrados en los intereses de la persona con la capacidad modificada, a otros subjetivos, focalizándose en sus voluntades o deseos. El pródigo no tiene ningún tipo de deficiencia psíquica -ya que de así serlo necesitaría de una incapacitación y no de una declaración de prodigalidad- por tanto malgasta su patrimonio porque esa es su voluntad, aunque no sea algo que le beneficie es lo que pretende hacer, siendo muy consciente de ello. En conclusión, considero que la decisión tomada por el legislador aragonés se ajusta mucho más al fundamento de la Convención de Nueva York de 2006.

Sin embargo, quitarle una vía a las personas para garantizar una obligación de alimentos que están percibiendo e, indirectamente, con la que se está protegiendo al declarado pródigo ya que se le impide llevar a cabo actos que no le están generando ningún favor, no siempre va a ser algo positivo.

Otro hecho que a mi parecer merece mención es la posibilidad de nombrar al curador a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Considero que esto en el ámbito de la prodigalidad no es algo útil. Existiendo la posibilidad constituir la prodigalidad y nombrar a la persona que va a ejercer de curador en un mismo proceso, debería hacerse de este modo en todas las ocasiones. Opino que a lo largo del procedimiento judicial se debería tratar siempre el asunto de quién va a ostentar el cargo de curador, cumpliéndose los requisitos que fija la LJV como el de la comparecencia del posible pródigo. De esta manera se evitaría abrir un nuevo proceso para llevar a cabo algo que se podía haber hecho en uno.

Un argumento que se podría dar a favor de que exista la opción de nombrar al curador en un expediente de jurisdicción voluntaria posterior sería que de esta manera se acortaría el periodo de duración del proceso judicial, modificándose antes la capacidad de obrar del pródigo y evitando de esta manera que siga derrochando su patrimonio más tiempo. Sin embargo, como ya se ha explicado, los actos que puedan ser considerados de pródigo entre el momento de la interposición de la demanda –más concretamente el momento en el que el posible pródigo tenga conocimiento de su existencia- y la resolución judicial pueden impugnarse, por lo que ese razonamiento no tendría sentido.

Finalmente, centrándonos en el futuro de la figura, considero que es más apropiada la dirección que pretende tomar el Ministerio de Justicia en su anteproyecto, en lo que a prodigalidad se refiere, ya que el asignarle una institución diferente a la de las incapacitaciones como es la asistencia la va a diferenciar del resto y va a suponer una menor intervención en la persona declarada pródiga, algo que cumple con lo perseguido por la Convención de Nueva York de 2006.

BIBLIOGRAFÍA:

BAYOD LÓPEZ, M.C., «Disposiciones transitorias: primera a tercera» en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado (dir.), edición 1ª, Dykinson S.L., Madrid, 2015.

BERENGUER ALBALADEJO, C., «Delimitación conceptual de la figura», en *El contrato de alimentos*, edición 1ª, Dykinson S.L., Madrid, 2013.

CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad: una visión general» en *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Número 1, Valencia, 2015

CARRIÓN OLMOS, S., «Prodigalidad y adicciones» en *Revista española de drogodependencias*, vol. 35, no. 2, Aesed, 2010.

COLMENAR MALLÉN, M.A., «Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial», tesis doctoral, Lázaro (dir.), Universidad Jaume I, 2015.

DÍEZ-PICAZO, L., «La incapacitación», en *Sistema de derecho civil*, volumen I, 12ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2012.

D'ORS, X., «Una recapitulación sobre XII tablas V.7ª: “si furiosus escit» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (sección Derecho Romano)*, Valparaíso, Chile, 1995

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Capacidad. Incapacidad. Discapacidad. Incapacitación», en *Revista de Derecho UNED*, nº9, 2011.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., «Título preliminar: disposiciones generales» en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, edición 1ª, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2016.

GÓMEZ CALLE, C., «Capítulo IV: de la tutela, la curatela y la guarda de hecho» en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Fernández (dir.), edición 1ª, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2016.

LACRUZ BERDEJO, J.L., «La persona jurídica», en *Elementos de derecho civil I*, parte general, volumen II, 5ª edición, Dykinson S.L., Madrid, 2010.

MAGARIÑOS BLANCO, V., «comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del código civil sobre discapacidad» en *Revista de derecho civil*, vol. V, no. 3, Notyreg hispanial S.L., julio-septiembre 2018

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C «La persona y el derecho de la persona», en *Curso de Derecho Civil*, de Pablo (coord.), volumen 2, 6ª edición, Edifoser S.L, Fuenlabrada (Madrid), 2018

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La prodigalidad» en *Compendio de Derecho Civil Tomo IV: Derecho de la persona y de la familia*, 2ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2016.

ORTEGA FERNÁNDEZ, C., «Expediente de la tutela, la curatela y la guarda de hecho», en *La Incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la Protección de la persona con discapacidad*, trabajo de final de grado, Universidad de Valladolid, 22 de junio de 2017.

PARRA LUCÁN, M.A., «Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Curso de Derecho Civil*, de Pablo (coord.), volumen 2, 6ª edición, Edifoser S.L, Fuenlabrada (Madrid).

PAU, A., «de la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil» en *Revista de derecho civil*, vol. V, no. 3, Notyreg hispanial S.L., julio-septiembre 2018.

SAN MARTÍN ESCRICHE, F., «Disposiciones generales» en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, edición 1ª; Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Recursos de internet:

Anteproyecto de reforma de la ley en materia de discapacidad de la Asociación de Profesores de Derecho Civil [acceso: 1 de junio de 2019]:

http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO_I_TITULO_VII_mayo_2019_MEDIDAS_DE_PROTECCION_DE_LA_PERSONA_-5-5.2019.pdf.

Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad [acceso: 1 de junio de 2019]:

https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429192410?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF.

