

La curatela especial para los adultos mayores: devolución del Fonavi

Art. 4° Decreto Legislativo 1310

The special curatorship for the elderly: return of the Fonavi

Art. 4th Legislative Decree 1310

Eduardo Daniel Jiménez Jiménez
Universidad Autónoma del Perú
E-mail: ejjlaw@yahoo.es

Recibido: 22.02.2017

Aceptado:04.10.2018

Resumen

En el marco de las facultades delegadas por el Poder Legislativo, el Ejecutivo promulgó el Dec. Leg. 1310, cuyo artículo 4° permite la curatela especial para personas adultas mayores para efectos pensionarios y la devolución del Fonavi.

No vamos a entrar a discutir si el Ejecutivo se excedió o no en los alcances de las facultades delegadas (en el caso de análisis las facultades eran para simplificación administrativa), lo cual corresponde a un enfoque más bien constitucional. Vamos a centrarnos desde el derecho civil en los alcances del artículo 4°, así como algunos vacíos o deficiencias que hemos podido apreciar.

Palabras Clave: curatela especial, adultos mayores, Fonavi

Abstract:

In the framework of the powers delegated by the legislative branch, the executive promulgated the DEC. Leg. 1310, article 4 of which allows the special conservatorship for older adults for pensionarios effects and the return of Fonavi. We will not go into discussing whether or not the executive exceeded the scope of the delegated faculties (in the case of analysis the faculties were for administrative simplification), which corresponds to a rather constitutional approach. Let's Centrarno

Keywords: Special conservatorship, older adults, Fonavi

Introducción

El Fonavi (Fondo Nacional de Vivienda) fue creado en 1979, hacia finales del gobierno militar, como una manera de generar un fondo que permita la construcción de viviendas para los trabajadores. Cotizaban al fondo tanto los trabajadores dependientes del sector público y privado, los empleadores y el Estado. Si bien la idea era interesante, en una

época donde no existían otros mecanismos ni instrumentos financieros que coadyuven a generar un fondo y así paliar el déficit de viviendas que en ese entonces ya se apreciaba en las grandes ciudades, lo cierto es que la idea original posteriormente fue tergiversada y utilizados los fondos para fines distintos al primigenio – como saneamiento, infraestructura y electrificación-, lo cual terminó por cancelarlo en los años noventa, ya en el gobierno de Alberto Fujimori.

Años después, y como es de público conocimiento, la devolución del Fonavi tuvo una azarosa odisea que comenzó con una iniciativa legislativa de la Asociación de Fonavistas

Posteriormente, al recurrir los fonavistas a sede constitucional, el Tribunal Constitucional dictaminó que sí procedía la devolución, que el Fonavi no era un tributo, recomendando su ratificación en un referéndum, donde obviamente ganó el sí por amplio margen. El hecho jurídico-social de la devolución fue plasmado en la Ley 29625 que ordena la devolución actualizada de dichos fondos.

En la ejecución de la medida, la devolución de los fondos se ha dado a través de sucesivas listas con los fonavistas inscritos, para cuyos efectos debían acreditar el tiempo de aportación al Fondo en calidad de trabajadores.

En este apretado resumen tenemos algunos puntos que fueron controversiales en su momento, sobre todo si el Fonavi fue o no un tributo y consiguientemente si procedía o no el sometimiento a un proceso de referéndum, tal como el TC lo dispuso.

Otro punto controversial en su momento fue la actualización de la deuda. Al tratarse de aportes iniciales en soles de oro, que luego se convirtieron en intis, después en inti millón, para terminar en nuevos soles, por la depreciación acelerada de la moneda nacional generada por la hiperinflación de aquellos años y la pérdida subsecuente del poder adquisitivo, la actualización de la deuda era de carácter obligatorio. No dejó contentos a los fonavistas los valores de actualización formulados por el Ministerio de Economía y Finanzas, ni tampoco la forma de devolución en las llamadas listas, donde presumiblemente tienen orden de preferencia los aportantes de mayor edad.

Naturalmente por el tiempo transcurrido desde que el Fondo fue creado (cerca de cuarenta años) muchos de los trabajadores aportantes ya fallecieron o se encuentran impedidos de hacer el cobro personalmente por la avanzada edad. En ese contexto se sitúa el artículo 4º del DL 1310

LA CURATELA ESPECIAL EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DL 1310

La Exposición de Motivos de la norma precisa, y con razón, que en la actualidad las personas adultos mayores que ya no puedan celebrar por si mismas actos, contratos o transacciones financieras, deben previamente al nombramiento de un curador, ser declaradas interdictas ante el Poder Judicial, lo cual en promedio demora unos dos a tres años (quizás se quedaron cortos en el tiempo, en algunos casos puede durar un poco más). En razón a ello la exposición de motivos propone la inclusión como competencia notarial no contenciosa, el procedimiento de curatela especial para el cobro de pensiones y la devolución del Fonavi.

Como se infiere de la propia exposición de motivos, la finalidad de la norma es encontrar un camino de celeridad en el procedimiento para designar un curador que

represente al pensionista y fonavista (muchas veces esa doble condición recae en una sola persona) en los

actos de cobro, sea de su pensión o de la devolución del Fonavi. Frente a la lentitud del Poder Judicial (entre otros factores por la sobrecarga procesal), donde un proceso de interdicción y nombramiento de curador puede transcurrir en largos años entre idas y vueltas del expediente, fechas de audiencias frustradas, paralizaciones del propio órgano jurisdiccional y otros factores más, teníamos que el interdicto en ese interín fallecía sin poder aprovechar su pensión o la devolución del Fonavi, muchas veces dinero urgente para la atención del propio interesado.

Capacidad, incapacidad, interdicción y curatela

Como bien apuntan distintos tratadistas, la capacidad es un concepto núcleo en el derecho. Por ese atributo la persona adquiere y ejercita derechos. Capacidad es sinónimo de habilidad, competencia, aptitud, idoneidad, inteligencia, suficiencia.

La división usual de la capacidad es en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La de goce le permite a la persona la titularidad de derechos y es inherente al ser humano, nunca la va a perder, comienza con la concepción y termina con la muerte, y la de ejercicio implica un realizar, ejercer por sí mismo esos derechos y actos como persona.

La capacidad de ejercicio se adquiere o por la mayoría o por ley. A partir de los 18 años la persona humana tiene capacidad plena de ejercicio; pero, por la ley se le puede conceder antes. Es el caso de aquellos que contraen matrimonio a partir de los 16 o por tener una profesión u oficio que les permita la autonomía económica. Ya no dependen de los padres.

Adicionalmente, por Ley 29274, tienen capacidad de ejercicio especial para ejercer actos relacionados con aspectos familiares (reconocer hijos, demandar gastos de embarazo, demandar y ser parte en procesos de tenencia, alimentos y filiación extramatrimonial) los mayores de 14 años.

La capacidad de ejercicio se puede perder, sea en forma permanente o transitoria o parcial. En el primer supuesto se denomina incapacidad absoluta de ejercicio (artículo 43° del CC) y se le dice absoluta porque es imposible “saltar la incapacidad”, sea por la edad (menor a 16 años, salvo las excepciones contempladas en la Ley 29274) o porque se encuentra la persona absolutamente privada de discernimiento.

Mientras en el supuesto de incapacidad relativa de ejercicio (artículo 44° del CC) es posible remontarla, sea por el paso del tiempo (se llega a la mayoría), porque la persona posee cierta capacidad que no la priva totalmente de discernimiento (el caso de los retardados mentales o los que adolecen de deterioro mental), por recuperación de la persona por tratamiento médico (el caso de los pródigos, toxicómanos, o los ebrios habituales) o porque cumplió la pena que anexaba la interdicción civil (es el caso de los sentenciados por delitos que conllevan penas accesorias que les impide ejercer por sí sus derechos civiles).

Pero, ¿qué sucede cuando la persona no puede ejercer por sí misma los derechos y realizar los actos inherentes a su condición? Allí es donde entra a tallar la institución de la interdicción y la de la curatela de la persona. Declarando interdicta a la persona incapaz (es decir no hábil para ejercer sus derechos o ciertos derechos

por si misma) y designando un curador que la “represente” en dichos actos que ya no puede realizar.

El artículo 45° del CC establece escuetamente que los incapaces ejercen sus derechos a través de representantes legales y se regula por las normas referentes a la patria potestad, la tutela y la curatela.

Por exigencias del artículo vamos a abordar únicamente las relacionadas con la curatela y que se encuentra regulada en los artículos 564° y ss del Código Civil.

La curatela en el código civil

Borda señala que “se llama curatela a la representación legal de los incapaces mayores de edad, trátase de demente, sordomudos, que no saben darse a entender por escrito o penados”.

El maestro Héctor Cornejo Chávez sostenía que “la curatela es una figura protectora del incapaz no amparado, en general o para determinado caso, por la patria potestad ni por la curatela, o de la persona capaz circunstancialmente impedida, en cuya virtud se provee a la custodia y manejo de los bienes o intereses de dicha persona y eventualmente a la defensa de dicha persona y al restablecimiento de su salud o normalidad”.

Es sumamente interesante la definición y los alcances que el maestro realiza acerca de la institución. Describe una tutela general o para determinados actos (“en general o para determinado acto”). La segunda de las nombradas sería una curatela especial, para ciertos actos

específicos, en consonancia con el análisis del artículo 4° del DL 1310 que haremos luego.

Asimismo, comprende la curatela no solo para la consevación y administración de los bienes del incapaz, sino para la recuperación de su salud física y/o mental.

Efectivamente, la curatela casi siempre se ha relacionado a la conservación y administración de los bienes del incapaz – o de ser posible incluso el acrecentamiento de los bienes fruto de una buena administración-, pero también puede ser deber del curador el velar por la salud o por lo menos el mantenimiento de la salud del incapaz, si la recuperación ya no es posible por razones médicas. Esta última finalidad tiene un cariz más humano y se condice apropiadamente con la dignidad de la persona humana.

Ahora bien, ¿el curador debe ser necesariamente una persona natural o puede ser también una persona jurídica?

Casi siempre se ha asociado al curador con una persona natural. Por lo general un familiar cercano. Incluso se cita en la doctrina que el curador “es la persona física capaz”.

Creo que no necesariamente. Al no estar prohibido expresamente por ley, el curador bien podría ser una persona jurídica. Es el caso de un centro hospitalario donde se encuentre el incapaz y reciba terapia o de alguna entidad privada, como los centros de residencia para adultos mayores, realidad que en nuestro medio cada vez está siendo más usual como domicilio último

Atendiendo al alcance de la curatela, podemos decir que existe una curatela general y una curatela especial. La curatela general se da para los casos de incapacidad que ya hemos visto y que requiere que la persona incapaz sea coadyuvada por un curador para los actos propios de restablecimiento de su salud o para administrar en forma general su patrimonio. Mientras la curatela especial es para ciertos actos específicos o aquellos que surjan de “las circunstancias de cada incapaz”.

Por ejemplo, puede ser el caso de curatela especial para la venta de ciertos bienes del incapaz a fin de darle un mejor tratamiento médico con el dinero obtenido. O puede ser el caso de un litigio, donde se necesita la intervención de un curador especial, facultades que no posee el curador general. O en el caso de análisis del artículo 4° del DL 1310, para el cobro de una pensión o la devolución del Fonavi.

El alcance de la curatela especial es en relación al objeto de la misma (un litigio, el cobro de una suma de dinero, la venta de bienes del incapaz, etc.), y concluye cuando la gestión haya sido realizada en cumplimiento del acto o como reza el artículo 618° del CC, “hasta que concluyan los asuntos que la determinaron”.

Ahora bien, ¿la curatela es a título oneroso o ad honorem?

Usualmente se piensa que es ad honorem, al tratarse de una institución de “amparo familiar”, donde casi siempre la ejerce un familiar cercano del sujeto pasivo y obviamente no va a cobrar por ejercer el cargo; pero, al no estar prohibida la retribución económica por el ejercicio del cargo, nada impide que de realizarla un tercero sea a título oneroso (como sería el caso de un albergue privado para personas de la tercera edad en estado de abandono).

En igual sentido, es posible tener más de un curador (curador general y curadores especiales) o tener curadores sustitutos, conjuntos o alternativos. La ley no lo prohíbe. Puede ser el caso que los asuntos del interdicto sean tan complejos o sofisticados que requeriría más de un curador.

¿Quiénes pueden ejercer la curatela?

Nuestro sistema da preferencia como curadores a los familiares del incapaz. Así tenemos que conforme al artículo 569° del CC, son designados curadores para los supuestos de incapacidad absoluta o relativa establecidos en dicho numeral a: 1°) al cónyuge no separado judicial o notarialmente y que cumple los deberes de cohabitación –se incluye al conviviente que reúna los requisitos del 326°-; 2°) a los padres; 3°) a los descendientes, prefiriéndose al más

próximo al más remoto y en igual grado, al más idóneo; 4°) a los abuelos y a los demás ascendientes; 5°) a los hermanos.

Nombramiento del propio curador

Por Ley 29633, se incorporó el artículo 568-A al Código Civil, por el cual se facultaba a que toda persona adulto mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos podía designar su propio curador, curadores o curadores sustitutos. El trámite se realiza ante Notario y con dos testigos, en previsión de ser declarado interdicto a futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Sunarp. Asimismo la persona adulto mayor podía disponer en dicho acto en quien o quienes no debería recaer la designación y el alcance de las facultades del curador. Fue un avance notable en nuestra larga tradición

de designar curadores solo a los familiares del interdicto, ya que la persona adulto mayor estando con pleno discernimiento podía designar qué persona o personas iban a ser sus curadores, el alcance de las facultades o el plazo de las mismas. Incluso quiénes no deberían serlo.

A partir de la inclusión del artículo 568-A la prelación de curatela establecida en el 569° pasó a ser de carácter supletorio, solo en caso el incapaz y posteriormente declarado interdicto no haya dispuesto quién o quiénes serían sus curadores.

Fue la preeminencia de la autonomía de la voluntad de la persona al sistema latino. Lo cual obedece también a una realidad: no necesariamente los familiares del incapaz se encuentran interesados en restablecer su salud o cuidarlo debidamente (fin primordial), sino pueden estar más interesados en usufructuar su patrimonio; por lo que es preferible que este designe a personas de su entera confianza en tan delicado encargo, cuando la lucidez todavía lo acompaña, que no necesariamente pueden ser familiares, como lo contempla el 569°.

Análisis del Artículo 4° Del Decreto Legislativo N° 1310

Sujetos con legitimación activa:

Líneas arriba ya expusimos las razones de la dación de la norma. Son bastante pragmáticas o de carácter utilitario. Se trata de una curatela especial bastante específica (cobro de pensiones y devolución del Fonavi). En el caso concreto del Fonavi es una curatela a ser ejercida a plazo determinable (una vez que salga la lista con el nombre del beneficiario, en caso aún no haya sido publicada). Los sujetos activos que pueden ejercer la curatela especial son casi similares a los que se establece en el artículo 569° del CC, con el agregado de los Directores de los Centros de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores – CARPAM del sector público, con autorización expresa del Titular del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Nos parece que debió incluirse dentro de los que tienen legitimación activa a las personas que tengan a su cargo a un adulto mayor con incapacidad, sin necesidad de ser familiar, y dentro de las personas jurídicas, a aquellas entidades privadas que tienen un adulto mayor bajo su custodia, como son los centros de residencia privados que acogen personas de la tercera edad en situación de abandono.

Volvemos a lo que indicamos anteriormente: puede ser el caso que los familiares del adulto mayor lo hayan abandonado y lo tiene un tercero que no necesariamente es familiar.

Puede pasar. Ese tercero no podrá hacer las gestiones para el cobro, porque no es familiar, y a pesar que puede acreditar que lo tiene a su cargo estaría imposibilitado de solicitar la curatela especial.

El otro caso es con las personas jurídicas. Es bastante limitante a los centros de residencia para adultos mayores del sector público (conocidos usualmente como “asilos”). Pero, la misma acción no la puede realizar, por ejemplo, un centro de residencia del sector privado.

Puede ser una asociación privada de carácter benéfico que recoge adultos mayores en situación de abandono. No podría realizar el trámite, a pesar de poder probar que tiene bajo su custodia a un adulto mayor y el cobro lo realizarán los familiares que

abandonaron a ese adulto mayor ahora incapaz. Es parte de nuestra realidad que se debe tomar en cuenta.

Y considerando la situación en que se encuentran nuestras instituciones públicas, nada garantiza que por ser titular de una institución del sector público, la gestión va a ser más eficiente.

Para terminar con los sujetos legitimados, una precisión: es un error que se repite desde el artículo 569° del CC y que en “copia y pega” lo ha repetido el artículo 4° de la norma bajo análisis: al cónyuge no separado judicial o notarialmente. Soslaya que por Ley 29227 también existen para la separación y posterior disolución del vínculo matrimonial los procedimientos administrativos ante los municipios donde contrajeron matrimonio o donde fue su último domicilio conyugal. No estaría demás que en el reglamento de la norma se establezca en el inciso 1 del artículo 4.3:

“1. Al cónyuge no separado judicial, administrativa o notarialmente...”

Los sujetos pasivos:

El artículo 4° de la norma bajo comentario solo establece como sujetos pasivos a los que se encuentren privados totalmente de discernimiento (art. 43°, inc. 2, del CC) y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (art. 44°, inc. 3, del CC).

El alcance de la norma y facultades del curador:

El alcance de la curatela especial establecido en la norma es únicamente para dos actos específicos: cobro de la pensión de jubilación más beneficios económicos derivados (es el caso de los devengados por ejemplo) y/o devolución del Fonavi.

Al respecto sería conveniente que en el reglamento de la norma se especifique que las facultades del curador especial son tanto para el cobro como los trámites necesarios para ejercer tal derecho.

Sucede que, sobretodo dentro de la administración pública, la literalidad de las facultades es esencial, por lo que no se puede presumir que el legitimado activo esté facultado para “el cobro” y presuponer que está facultado también a realizar el trámite necesario para dicho acto. No estaría demás que en el reglamento de la norma se aclare que el curador se encuentra facultado “para todos los trámites necesarios, incluyendo la presentación y suscripción de documentos, que permitan el fin propuesto”.

La literalidad es mejor que la presunción.

Rendición de Cuentas del curador especial:

La norma bajo comentario indica muy vagamente que el curador especial deberá rendir cuentas de su gestión (“...debiendo rendir cuenta de los gastos efectuados...”).

Por la lectura de la norma, parece que la rendición de cuentas es ante el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Sería bueno que el reglamento lo aclare, así como la periodicidad de la rendición de cuentas (mensual, trimestral, semestral, anual).

Ahora bien, una rendición de cuentas sin la adecuada fiscalización, es un “saludo a la bandera”. Creo que va a ser imposible hacer un seguimiento a todos los casos, pero

no estaría demás que aleatoriamente la entidad encargada realice una fiscalización inopinada y si se cumple o no con el fin propuesto.

Sería conveniente que en el reglamento igualmente los notarios se encuentren obligados de informar al Ministerio de la Mujer periódicamente qué persona o personas han realizado el trámite de curatela especial ante su despacho.

Facultados a realizar el trámite de curatela especial:

La norma establece que únicamente son las Notarías, al amparo de la Ley de Competencia Notarial de Asuntos no Contenciosos, siempre y cuando no haya Litis u oposición al trámite en el plazo que establece la norma (15 días hábiles). Una vez que el Notario haya protocolizado los documentos a la vista, extendiendo la Escritura Pública respectiva, cursará los partes para la inscripción de la curatela especial en el Registro Personal de los Registros Públicos.

Habría sido recomendable que, como sucedió con los divorcios administrativos, los gobiernos locales también fuesen facultados para realizar el trámite. Ello debido a que se encuentran más cerca a la población y sobretodo porque genera una competencia que permitiría bajar los costos del trámite. Al ser facultados únicamente los notarios, lo que se ahorre en costo de tiempo al no acudir a la vía judicial, se gastará en un costo mayor de dinero que tendrá que invertir la persona que inicie el procedimiento. Lo que va en relación directa con el acortamiento de los plazos procesales en la vía judicial.

El procedimiento no contencioso y acortamiento de actos procesales en la vía judicial:

La norma se promulga con la idea de reducir los tiempos del proceso en relación a lo que dura el trámite en la vía judicial. Tengo algunos reparos en que el Notario sea el abocado a ver este tipo de procedimientos. El Notario solo puede dar fe de los documentos y de la persona que tiene delante de él. No va a ver a la persona interdicta, no podrá revisar si es verdadero o no el certificado médico que obra ante él. La norma solo hace mención a unas lejanas responsabilidades ex post, posteriores al acto. Todos sabemos que eso, por lo menos en nuestra realidad, no funciona.

Quizás lo más recomendable hubiese sido acortar los plazos y trámites en el proceso no contencioso en la vía judicial. Por ejemplo, obviar la famosa ratificación del médico en la audiencia que es un mero trámite formal dilatorio, e igualmente obviar la “consulta” al superior jerárquico si nadie apela el fallo en primera instancia. Obviando esos dos actos procesales y quitando otras formalidades innecesarias al proceso creo que se ahorra por lo menos dos años, un 60% del costo de tiempo que expresa la Exposición de Motivos de la norma.

Debemos tomar en cuenta también el cariz social de la norma: mucha gente de escasos recursos económicos acude al órgano jurisdiccional no tanto por celeridad, sino por costos monetarios. Pagarán mientras dure el proceso (tasas, escritos, etc.) pero a lo largo del mismo, por lo que no se les hace tan oneroso económicamente. En cambio, recurrir a un Notario implica un costo mayor, pagarlo inmediatamente, lo que muchas veces las personas de escasos recursos no se encuentran posibilitadas de hacerlo en el acto.

Por eso es importante –respetando el garantismo procesal- acortar los plazos y actos procesales en la vía judicial y facultar a los gobiernos locales a que también puedan realizar la curatela especial. Con esto último se genera una mayor competencia que bajaría sustancialmente los derechos por el trámite.

Facultades para designar al propio curador:

Si de curatelas se trata, la norma pecó de tímida, dado que podría haber agregado un párrafo final al 568-A del CC en el sentido que la designación de curador que realizó la persona en pleno uso de sus facultades, cuando ya no las tenga, el trámite se pueda ver ante una Notaría o un gobierno local donde domicilia el interdicto. Tengamos presente que en la actualidad para que surta efectos la decisión del propio interesado que nombró su curador toma un promedio de tres a cuatro años ante el órgano judicial, no obstante que la designación emana de la voluntad de la persona, cuando tenía pleno discernimiento. Atendiendo a ello no estaría demás que en una posterior modificatoria del 568-A se incluya dicho supuesto como un procedimiento no contencioso especial.

Reflexiones finales

Eduardo Jiménez J., abogado y sociólogo por la Universidad San Martín de Porres, magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Federico Villarreal, candidato al doctorado en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado en ejercicio y profesor universitario en Derecho Civil. Miembro Alternativo del Consejo Nacional de Usuarios de OSITRAN, Periodo 2011-13. Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Lima.

Según la Ley 30490 se considera persona adulto mayor aquella que tiene 60 o más años.

El JNE argumentaba –creo que con razón- que eran tributos y no podían ser sometidos a consulta ciudadana

Ley 29625, art. 1º: “Devuélvase a todos los trabajadores que contribuyen [sic] al FONAVI, el total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. Asimismo, abónese a favor de cada trabajador beneficiario los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados”.

Mayores detalles al respecto, entre otros, pueden consultarse las sentencias del TC signadas bajo los expedientes 1078-2007-PA; 3283-2007-PA; 5180-2007-PA.

Se aplicó la teoría valorista, la puesta en valor de una obligación utilizando un mecanismo o índice referencial.

E Varsi: Tratado de derecho de las personas, p. 804

La ley atendió una realidad evidente en nuestro país y otros de la región: muchos menores de edad ya tienen hijos a temprana edad.

El Código Civil establece los supuestos de incapacidad absoluta en el artículo 43º y básicamente se reducen a dos –luego de haber sido derogado el tercero por Ley 29973-: la de contar con menos de 16 años, salvo la capacidad especial comentada líneas arriba y la que permite ciertos actos especiales de contratación a los incapaces absolutos,

conforme al 1358° del CC. La otra causal de incapacidad absoluta es la de encontrarse privado por cualquier causa de discernimiento. Esta última causal es la que permite la curatela especial para el cobro del Fonavi, junto con la indicada en el inc.3 del art. 44° - incapacidad relativa-: la de adolecer de deterioro mental que impide expresar la libre voluntad.

Código Civil comentado, T III, Edic. Gaceta Jurídica, p. 346

Es más, el artículo 4° de la ley bajo comentario alude como uno de los sujetos directamente legitimados para solicitar la curatela especial a los directores de los centros de atención residencial para adultos mayores del sector público. Como veremos más adelante, la norma se quedó corta con relación a las personas legitimadas.

El art. 606° del CC tiene un listado de supuestos para el nombramiento de curador especial. A mi criterio, el listado no agota los supuestos de curatela especial que, como ya hemos visto, puede ser más amplio. Un ejemplo es el caso del cobro de la pensión de jubilación y la devolución del Fonavi en la norma bajo análisis.

Un caso de curatela especial que puede ser permanente es para el cobro de la pensión de jubilación.

Se entiende que será mientras viva el pensionista, salvo que el curador sea cesado o renuncie al cargo.

Incluso el art. 4.2 de la norma bajo análisis abre la posibilidad de una retribución económica al referirse a “rendir cuenta [el curador] de los gastos efectuados”.

Podría ser incluso un familiar cercano, como un hijo o el propio cónyuge, con el cual no guarda demasiada afinidad o simpatía el curado.

Se entiende que la familia es lo más cercano que tiene una persona. Pero no necesariamente puede ser así en todos los casos, sobretodo tomando en cuenta que en la actualidad los lazos familiares son más “flexibles” que antaño.

La norma lo designa como “Notario Público”, obviando que el Dec. Leg. 1049, Ley del Notariado, establece que es únicamente “Notario”, en vista que no es funcionario de la administración pública.

Conclusiones

Si bien la norma tiene un fin loable (acelerar los trámites para designar un curador especial), tomando en cuenta nuestra realidad judicial; lo cierto también es que ha pecado de apresurada en varios aspectos, hay vacíos clamorosos y pocas precisiones en algunos otros de su redacción. En algunos casos el reglamento lo podrá suplir, en otros será necesaria una posterior norma modificatoria.

Luego de un tiempo sería recomendable revisar los alcances del art. 4°, en el sentido de si se ha presentado o no una alta tasa de abusos en su uso, si ha existido un aprovechamiento inescrupuloso de la misma por terceras personas o por los propios familiares que recurren a un Notario para solicitar la curatela especial. La curatela implica privar a la persona del ejercicio de toda o parte de su capacidad de ejercicio. Debemos tener presente que el Notario, por su función, solo podrá dar fe de los documentos que se le presentan a la vista o de la persona que tiene delante de él. Más allá de ello no puede hacer más.

No esperemos, como siempre sucede, a que existan casos alarmantes de abuso difundidos por los medios de comunicación para, en un acto reflejo, el Congreso derogue una norma que de por sí es interesante; por ello se debe buscar adecuados mecanismos ex post que permitan prevenir el uso abusivo de la norma.

Asimismo, si de plazos se trata, es recomendable que se abrevie los actos procesales en los procesos de curatela ante el órgano judicial. Muchos de estos actos son meramente formales y ocupan el 60% del tiempo que dura el proceso.

En igual sentido hubiese sido deseable que en estos trámites de curatela especial, los gobiernos locales tengan también competencia con las precisiones que ya hemos anotado.

En el caso específico del Fonavi, donde el beneficiado está a la espera de la lista donde figura su nombre para hacer el cobro, es recomendable que el reglamento faculte al curador no solo a la “devolución del Fonavi”, sino a todos los trámites necesarios para dicho fin, incluyendo la posibilidad de acudir a un proceso contencioso-administrativo de no estar conforme con el monto devuelto, de conformidad con el artículo 139° de la Constitución Política.

Y esperemos que en una eventual modificatoria del 568-A del CC se permita que los procesos de nombramiento de curador, cuando la persona que lo nombró haya perdido el discernimiento, los pueda ver también el Notario o los gobiernos locales.

