

Recomendación dirixida á Consellería de Política Social debido á imposibilidade de solicitude de vivenda por unha persoa con discapacidade psíquica

Expediente: G.6.Q/29182/17

Santiago de Compostela, 26 de xuño de 2018

Sra. conselleira:

Nesta institución iniciouse expediente de queixa como consecuencia do escrito de [REDACTED] debido á imposibilidade de solicitude de vivenda por unha persoa con discapacidade psíquica.

#### ANTECEDENTES

1. No seu escrito indícanos que o seu irmán formaba unidade familiar coa súa nai ata o seu falecemento, é discapacitado psíquico (65 %). Actualmente está incapacitado xudicialmente e é o titor legal del. A efectos de solicitarlle unha vivenda social do IGVS (Instituto Galego da Vivenda e Solo) é requisito imprescindible que o solicitante teña "plena capacidade de obrar", polo que non é posible que poida ser solicitante de vivenda sen ter unha unidade familiar. Esta lexislación do IGVS choca frontalmente cos artigos 47 e 49 da Constitución Española; "todo español ten dereito a unha vivenda digna" e "os poderes públicos promoverán as accións necesarias para a rehabilitación das persoas discapacitadas". O seu tutelado atópase totalmente desamparado á hora de optar a unha vivenda do IGVS, sinala.

2. Ante iso requirimos información á Consellería de Infraestruturas e Vivenda, que nola remitiu. O IGVS, organismo integrado na citada consellería, confirmou que non considera a petición individual da persoa afectada, senón que reclama que se aporte a da suposta unidade familiar, da que formaría parte o titor. O IGVS xustifica os condicionantes impostos na aplicación dos regulamentos vixentes. Porén, non se xustifica o motivo da queixa, que é que o solicitante non pode ser a persoa con discapacidade por si mesma, aínda que co apoio xudicialmente determinado pola sentenza. A queixa non se refire a que a regulamentación non diga o que está a aplicarse, senón a que non é adecuado que se imposibilite a unha persoa con discapacidade para que poda acceder á vivenda de forma individual.

3. Polo exposto de novo dirixímonos á Consellería de Infraestruturas e Vivenda para que con urxencia aclarara o indicado. A consellería remitiu a súa resposta e nela sinala o seguinte:

"... FUNDAMENTOS XURÍDICOS. 1. Artigo 22 da Lei 6/1984, do 5 de xuño, do Valedor do Pobo. 2. Decreto 253/2007, do 13 de decembro, de réxime xurídico do solo e das

edificacións promovidas polo IGVS. 3. Decreto 97/2014, do 24 de xullo, polo que se establece a estrutura orgánica do IGVS.

INFORME. Á vista do escrito do 5 de marzo de 2018 da Valedora do Pobo, cómpre facer as seguintes consideracións:

Con carácter previo, cómpre precisar que a regulamentación vixente non impide que unha persoa con discapacidade poida ser solicitante dunha vivenda de promoción pública. A normativa aplicable exige que as persoas que pretendan acceder a unha vivencia de promoción pública teñan plena capacidade de obrar, é dicir, que non estean incapacitados.

Polo tanto, non pode confundirse a discapacidade coa falta de capacidade de obrar. A discapacidade é a falta ou limitación dalgunha facultade física ou mental que imposibilita ou dificulta o desenvolvemento normal da actividade dunha persoa. En cambio, a capacidade de obrar é a aptitude para o exercicio dos dereitos subxectivos e dos deberes xurídicos dos que se é titular.

Toda persoa, polo feito do nacemento, ten capacidade xurídica. Pero a capacidade de obrar non corresponde por igual a todos os que posúen capacidade xurídica. A capacidade de obrar depende da situación persoal de cada un, do estado civil da persoa.

En contraposición á capacidade de obrar plena atópase a incapacidade. Neste caso a persoa carece absolutamente de aptitude para o exercicio dos dereitos subxectivos e deberes xurídicos, polo que precisa dun representante legal.

A normativa aplicable en Galicia en materia de acceso ás vivencias públicas determina no artigo 10 do Decreto 253/2007, do 13 de decembro, do réxime xurídico do solo e das edificacións promovidas polo IGVS, que poden acceder á compra, arrendamento ou arrendamento con opción de compra dunha vivencia de promoción pública, as persoas, nacionais ou estranxeiras, maiores de idade e con plena capacidade de obrar.

No caso que nos atinxe a persoa é un discapacitado psíquico (65%) que por sentenza ten declarada a incapacidade total e, tamén, ten designado un titor legal. Polo tanto, non é certo que a regulamentación vixente impida a un discapacitado acceder a unha vivencia de promoción pública. A norma esixe que os que pretendan acceder a unha vivencia de promoción pública teñan plena capacidade de obrar, é dicir, que non estean incapacitados.

O IGVS actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ao Dereito. E no caso que

nos atinxe, pola aplicación do citado artigo 10 do Decreto 253/2007, unha persoa con incapacitación total carece do requisito da plena capacidade de obrar para acceder a unha vivenda de promoción pública.

O Decreto 253/2007 foi tramitado consonte co procedemento de elaboración de normas regulamentarias vixente no seu día e foi sometido aos informes preceptivos da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia e do Consello Consultivo de Galicia que non fixaron reparos ao seu artigo 10.

A maior abastanza, cómpre lembrar que o acceso ás vivendas de promoción pública materialízase a través de contratos de venda, alugamento ou alugamento con opción de compra; contratos aos que, aínda que quedan excluídos do ámbito da Lei 9/2017, do 8 de novembro, dos contratos do sector público e se rexen polas súas normas especiais, se lles aplican os principios da dita lei para resolver dúbidas e lagoas que puideran presentarse.

Neste senso, o artigo 65 da Lei 9/2017 establece o requisito da plena capacidade do obrar para contratar co sector público, criterio constante na normativa de contratación pública”.

## ANÁLISE

1. No informe especial *Os dereitos das persoas con discapacidade intelectual de 2013* a Institución do Valedor do Pobo sinalou que era necesaria a adaptación dos dereitos civís e da súa interpretación para garantir a efectividade dos dereitos das persoas con discapacidade cognitiva. E en relación coa capacidade de obrar destas persoas e a necesidade de cambio de modelo sinalamos:

“Como sucede noutros moitos aspectos, a Convención Internacional sobre Dereitos das Persoas con Discapacidade trae consigo grandes novidades no tratamento da capacidade xurídica e por tanto no exercicio de dereitos de diferente tipo, sobre todo os considerados políticos e civís. A revisión que con carácter xeral opera en materia de discapacidade debido ao rexeitamento do desfasado modelo asistencial ou médico e a asunción dun novo paradigma ou modelo, o “social” ou “de dereitos humanos”, tradúcese no ámbito da capacidade xurídica no descarte do anterior “modelo de substitución” na toma de decisións, propio de lexislacións civís como a nosa, e a súa substitución por un novo modelo baseado no complemento ou a asistencia ao discapacitado en razón das súas circunstancias persoais, o que denominamos “modelo de apoio”. Como é facilmente comprensible, o cambio de modelo que tratamos e a afirmación de dereitos que supón afectan moi positivamente e de forma moi especial ás persoas con discapacidade intelectual.

O cambio de modelo da Convención plásmase no seu art. 12, que sinala o seguinte: *1. Os Estados Partes reafirman que as persoas con discapacidade teñen dereito en todas partes ao recoñecemento da súa personalidade xurídica. 2. Os Estados Partes recoñecerán que as persoas con discapacidade teñen capacidade xurídica en igualdade de condicións coas demais en todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes adoptarán as medidas pertinentes para proporcionar acceso ás persoas con discapacidade ao apoio que poidan necesitar no exercicio da súa capacidade xurídica. 4. Os Estados Partes asegurarán que en todas as medidas relativas ao exercicio da capacidade xurídica se proporcionen salvagardas adecuadas e efectivas para impedir os abusos de conformidade co dereito internacional en materia de dereitos humanos. Esas salvagardas asegurarán que as medidas relativas ao exercicio da capacidade xurídica respecten os dereitos, a vontade e as preferencias da persoa, que non haxa conflito de intereses nin influencia indebida, que sexan proporcionais e adaptadas ás circunstancias da persoa, que se apliquen no prazo máis curto posible e que estean suxeitas a exames periódicos por parte dunha autoridade ou un órgano xudicial competente, independente e imparcial. As salvagardas serán proporcionais ao grao en que ditas medidas afecten aos dereitos e intereses das persoas. 5. Sen prexuízo do disposto no presente artigo, os Estados Partes tomarán todas as medidas que sexan pertinentes e efectivas para garantir o dereito das persoas con discapacidade, en igualdade de condicións coas demais, a ser propietarias e herdar bens, controlar os seus propios asuntos económicos e ter acceso en igualdade de condicións a préstamos bancarios, hipotecas e outras modalidades de crédito financeiro, e velarán porque as persoas con discapacidade non sexan privadas dos seus bens de maneira arbitraria.*

As adaptacións que este novo modelo require do noso ordenamento son moi intensas e en gran parte aínda non se acometeron as reformas necesarias. Así o pon de relevo o Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade, o órgano encargado da supervisión do grao de cumprimento do Convenio polos Estados parte; sinalou a ausencia de medidas por parte de España para “cambiar a substitución na adopción de decisións pola asistencia para a toma de decisións no exercicio da capacidade xurídica”. Por iso demandou a reforma legal de institucións como a tutela ou a garda e a posta en marcha de medidas “para adoptar leis e políticas polas que se substitúan os réximes de substitución na adopción de decisións por unha asistencia para a toma de decisións que respecten a autonomía, a vontade e as preferencias da persoa. Recoméndase, ademais, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos os funcionarios públicos e outros interesados pertinentes”. Toda unha chamada de atención pola falta de dilixencia á hora de dar efectividade ás asistencias expresadas.

Nin o legislador nin as decisións xudiciais, con carácter xeral, deron aplicación ao cambio de modelo. Os parámetros en que adoitan desenvolverse os casos de *incapacitación* seguen correspondendo ao vello modelo civil. As expectativas abertas polo art. 12 da Convención e polo seu cambio obrigado de modelo hoxe en día seguen sendo só iso, expectativas, con

poucos avances, que se concretan basicamente no terreo xudicial mediante sentencias máis ou menos illadas.

Como sinala CUENCA GÓMEZ, “a adecuada implementación deste sistema reclama unha mutación profunda dos principios que viñeron inspirando a regulación da capacidade xurídica no sistema español e un cambio substancial nos aspectos centrais desta normativa”. (*El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española*).

O modelo médico, en coincidencia coa nosa lexislación civil, parte da consideración de que os discapacitados e discapacitadas, e fundamentalmente as persoas con discapacidade intelectual ou psíquica, *padecen* dificultades de discernimento que impiden ou dificultan a toma de decisións adecuadas ou responsables. Para *suplir* esta carencia habílanse medios de carácter substitutivo; un terceiro encárgase de substituír á persoa *incapaz* ou *incapacitada* coa misión de actuar por el unha vez se recoñeceu a súa imposibilidade de actuación adecuada ou válida ou a súa falta de *capacidade de obrar*, na terminoloxía do Código Civil. Iso supón, en definitiva, a privación da capacidade e con iso a imposibilidade do exercicio dos dereitos. “A incapacitación concíbese e régúlase no noso sistema como unha institución restritiva da autonomía e os dereitos da persoa incapacitada”.

Dado que no plano teórico coa incapacitación se trata de protexer o afectado, as súas consecuencias son moi amplas e con carácter xeral chega a ser unha verdadeira substitución da persoa. Sinalan SEOANE RODRÍGUEZ e ÁLVAREZ LATA que a formulación consiste no seguinte: “se se trata só de protexer, canta máis protección, mellor”. (*El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre derechos de la personas con discapacidad*). Este enfoque oríentase cara ao aseguramento do tráfico xurídico, ou de carácter máis patrimonial, unha función propia do dereito civil ou privado, no que o dereito positivo encadra a regulación que analizamos, e non a asegurar o respecto dos dereitos humanos das persoas con discapacidade, un obxectivo máis propio do dereito constitucional e, en xeral, do dereito público.

A pesar das boas intencións das nosas leis substantivas e procesuais respecto da incapacitación, que despois das reformas de 1983 do Código Civil e de 2000 da Lei de Axuízamento Civil acollen un sistema no que as limitacións da incapacitación deben cingirse ás necesidades de cada caso, a realidade é que a práctica xudicial en xeral non especifica os aspectos nos que se van dar as limitacións. Sinala CUENCA GÓMEZ que “o sistema español se mostra ríxido e inflexible e “a incapacidade total e a tutela (substitución) constitúen as respostas xerais que a maioría das sentencias ofrecen á situación das persoas

(con discapacidade) que teñen dificultades de autogobernarse”. Como subliña a autora, a práctica baséase en criterios médicos e non se ten en conta de maneira suficiente a vontade da persoa, como se proba coa existencia de pericia ou ditame médico como trámite obrigado no procedemento, mentres pola contra só se esixe “examinar” o afectado (art. 759 da Lei de Axuízamento Civil). E xa no exercicio das funcións de titor ou titora ou coidador ou coidadora, a pesar de que estas deben levarse a cabo tendo como única guía a protección e o interese da persoa incapacitada, porén non resulta necesario solicitar a súa opinión ou participación.

Até aquí describimos o panorama lexislativo e a práctica xudicial en materia de capacidade xurídica dos discapacitados declarados “incapaces”. Como xa apuntamos, a Convención obriga a cambiar esta realidade e a adecuala canto antes ao sistema de apoio propio do modelo social ou de dereitos humanos para a conservación da capacidade. O art. 12 da Convención implica a implantación de apoios ou adaptacións que permitan o exercicio da capacidade xurídica de todas as persoas, despois de analizar as súas circunstancias individuais e con iso determinar as medidas de conservación da capacidade que deben aplicarse. O texto internacional “impón a substitución do punto de vista asistencialista e do enfoque iusprivatista pola perspectiva dos dereitos humanos”.

Ademais, o libre exercicio das capacidades de elección ou de autoderminarse cos apoios precisados en cada caso resulta unha condición indispensable para o cumprimento doutros moitos obxectivos da Convención, en especial o respecto á dignidade das persoas con discapacidade (art. 3.a); non en balde a proclamación do principio de respecto á dignidade asóciase neste artigo á autonomía individual, incluída -dise nel- a liberdade de tomar decisións e a independencia das persoas. Tamén encontra unha clara relación co principio de igualdade e coa prohibición da discriminación (art. 4.1) e co principio de participación e inclusión plena e efectiva na sociedade (art. 3.c).

Resulta necesaria e urxente a reforma da normativa de modo que a individualización das medidas adoptadas para o complemento da capacidade da persoa e para que reciba os apoios que precise, é dicir, o que comunmente chamamos o “traxe a medida” se converta na norma a aplicar en todos os casos, algo asumido cada vez en maior medida pola práctica xudicial.

Constátase un importante avance coa recente aprobación do Real Decreto Lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, que sinala como obxectivos da lei (art. 1), entre outros, a promoción da autonomía persoal e da vida independente, e como os seus principios (art. 3), a autonomía individual, incluída a liberdade de tomar as propias decisións, e a independencia das persoas.

Como concreción máis evidente destes obxectivos e principios legais, no Capítulo III do Real Decreto Legislativo (autonomía das persoas con discapacidade) establécese (art. 6; respecto á autonomía das persoas con discapacidade) o seguinte: *1. O exercicio dos dereitos das persoas con discapacidade realizarase de acordo co principio de liberdade na toma de decisións. 2. As persoas con discapacidade teñen dereito á libre toma de decisións, para o cal a información e o consentimento deberán efectuarse en formatos adecuados e de acordo coas circunstancias persoais, seguindo as regras marcadas polo principio de deseño universal para todas as persoas, de maneira que lles resulten accesibles e comprensibles. En todo caso, deberán ter en conta as circunstancias persoais do individuo, a súa capacidade para tomar o tipo de decisión en concreto e asegurar a prestación de apoio para a toma de decisións.*

Con esta novidade legislativa resulta claro que o panorama debe comezar a cambiar e que os pronunciamentos baseados no modelo de apoio deben xeneralizarse. Porén, resta coñecer en que medida se interpretará a virtualidade do art. 6 do Real Decreto Legislativo e a súa capacidade para superpoñerse á tradicional regulación civil, que en calquera caso debería ser reformada no sentido apuntado.

Polo que se refire aos mecanismos de salvagarda das medidas relativas ao exercicio da capacidade xurídica (art. 12.4), as mesmas non poden interpretarse como un medio indirecto polo que se regrese á situación ou práctica da substitución, senón pola contra, como medios de supervisión que garantan a efectividade dos apoios e para que estes sexan tales, e non medidas propias da incapacitación.

Nesta liña renovadora encontramos a Sentencia do Tribunal Supremo do 29 de setembro de 2009, do Pleno, que aborda a incapacidade e a interpretación das normas vixentes á luz da Convención sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade, asinada en Nova York o 13 de decembro de 2006, ratificada por España o 23 de novembro de 2007. Abórdase, como consecuencia da entrada en vigor desta Convención, debe considerarse contraria á mesma a normativa relativa á incapacitación como medida de protección das persoas incapaces, e sinala o seguinte:

“A incapacitación, ao igual que a minoría de idade, non cambia para nada a titularidade dos dereitos fundamentais, aínda que si que determina a súa forma de exercicio. De aquí que deba evitarse unha regulación abstracta e ríxida da situación xurídica do discapacitado (...). Unha medida de protección como a incapacitación, independentemente do nome co que finalmente o lexislador acorde identificala, soamente ten xustificación con relación á protección da persoa”. O sistema de protección establecido no Código Civil segue por tanto vixente, aínda que coa lectura que se propón: «1.º Que se teña sempre en conta que o incapaz segue sendo titular dos seus dereitos fundamentais e que a incapacitación é só

unha forma de protección. 2.º A incapacitación non é unha medida discriminatoria porque a situación merecedora da protección ten características específicas e propias. Estamos falando dunha persoa cuxas facultades intelectivas e volitivas non lle permiten exercer os seus dereitos como persoa porque lle impiden autogobernarse. Por tanto non se trata dun sistema de protección da familia, senón única e exclusivamente da persoa afectada.» Todo iso cúmprese neste caso a partir duns feitos que se manteñen inalterables en casación e que resultan determinantes para que se aplique a curatela, reinterpretada á luz da citada Convención, dende un modelo de apoio e de asistencia e o principio do superior interese da persoa con discapacidade, que, mantendo a personalidade, require un complemento da súa capacidade, precisamente para protexer a súa personalidade, en palabras da propia Convención”.

En contra do sistema de apoio obxectouse que existen casos en que non resulta posible porque a única alternativa é a substitución. Esta visión non parece encaixar nas formulacións ou previsións da Convención, que non contempla excepción ao modelo de apoios. Se ben é certo que os apoios ou axudas máis intensos poden asimilarse a “decidir pola persoa e non coa persoa”, en expresión de CUENCA GÓMEZ, porén non se trataría dun regreso ao modelo descartado. Non o é porque moitas situacións poden resultar reversibles, o que implica que se siga traballando con ese obxectivo, ou porque esa maior intensidade ou *cuasisubstitución* só poderá darse nos casos estritamente necesarios e só cando se supoña un dano irreparable”.

2. No presente suposto non se plantexa a aplicación da normativa á persoa afectada, senón a imposibilidade xeral de que calquera persoa con discapacidade intelectual ou psíquica con medidas xudiciais aprobadas para o apoio da súa capacidade de obrar adquira unha vivenda social ou de promoción pública. O IGVS confirma que o artigo 10 do Decreto 253/2007, do 13 de decembro, do réxime xurídico do solo e das edificacións promovidas polo IGVS, establece que poden acceder á compra, arrendamento ou arrendamento con opción de compra dunha vivencia de promoción pública, as persoas, nacionais ou estranxeiras, maiores de idade e con plena capacidade de obrar.

O IGVS alega que o decreto foi sometido aos informes preceptivos da asesoría xurídica da Xunta de Galicia e do Consello Consultivo de Galicia, que “non fixaron reparos ao seu artigo 10”.

Loxicamente o anterior non é óbice a que na actualidade o requisito expresado sexa contrario aos dereitos recoñecidos na Convención Internacional sobre os dereitos das persoas con discapacidade, nas normas con rango de lei que a traspoñen ao ordenamento nacional, especialmente o Real Decreto Lexislativo 1/2013, e na interpretación e aplicación que se fai das citadas normas polos órganos internacionais de garantía e na xurisprudencia



española, tal e como sinalamos detalladamente no citado apartado do Informe espacial sobre dereitos das persoas con discapacidade intelectual.

3. O anterior non prexulga o que proceda no caso particular da persoa afectada, que dependerá do contido da resolución xudicial correspondente. Porén, pode ser revisada en calquera momento para a súa adaptación ao novo modelo social que tratamos, posto que a suposta “incapacidade total” que indica o informe (non encaixa no mesmo).

4. A normativa autonómica pode e debe ser modificada para permitir que as persoas con discapacidade cognitiva podan acceder a unha vivenda de promoción pública como calquera outra persoa, cos apoios precisos (os establecidos xudicialmente) e coas garantías xudiciais tamén precisas para casos de disposicións patrimoniais como a tratada.

Neste senso o propio IGVS sinala que os contratos que tratamos se atopan excluídos do ámbito da aplicación da Lei 9/2017, do 8 de novembro, dos contratos do sector público, posto que se rexen por normas especiais como a que tratamos.

5. O art. 30 da Lei 6/1984, de 5 de xuño, do Valedor do Pobo, preceptúa que “se o Valedor do Pobo de Galicia, como consecuencia das súas investigacións, chegase ó convencemento de que o cumprimento rigoroso dunha norma pode provocar situacións inxustas ou prexudiciais para os administrados, poderá suxerir ó Parlamento de Galicia ou á Administración a modificación da mesma”.

6. A persoa que reclamou por esta forma de actuar demanda a preservación de intereses especialmente protexidos na Constitución Española, que sinala que os poderes públicos realizarán unha política de prevención, tratamento, rehabilitación e integración dos discapacitados aos que prestarán a atención especializada que requiran e ampararán especialmente para que gocen dos dereitos que este título (I) outorga a todos os cidadáns (art. 49). Como consecuencia do anterior, os poderes públicos, entre eles a administración autonómica, teñen a obriga principal de protexer os dereitos mencionados, segundo o establecido no artigo 53 do Texto Fundamental.

## CONCLUSIÓNS

Por todo o sinalado ata agora considérase necesario, en aplicación do disposto no artigo 32.1 da Lei 6/1984, do Valedor do Pobo, facer chegar a esa Consellería de Infraestruturas e Vivenda a seguinte recomendación:

*Que se modifique o artigo 10 do Decreto 253/2007, que establece como condición para a compra, arrendamento ou arrendamento con opción de compra das vivendas de promoción pública a plena capacidade de obrar, o que vulnera os dereitos legalmente recoñecidos das persoas con discapacidade.*

Agradecendo de antemán a acollida ao manifestado nesta resolución do Valedor do Pobo, recordámoslle a necesidade de que no prazo dun mes de conta a esta institución da aceptación da recomendación formulada, no seu caso, e das medidas adoptadas para darlle efectividade, tamén no seu caso.

Ademais en aplicación do principio de transparencia a partir da semana seguinte a data na que ditou esta resolución incluírase na páxina web da institución.

Saúdoa atentamente.

Milagros M<sup>a</sup> Otero Parga  
Valedora do Pobo