

Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA

Acreditado como Profesor ayudante doctor, ANECA. Sustituto interino
Centro de San Isidoro, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

La Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad debe ser considerada como una de las normas más importantes aprobada en el ámbito del Derecho Sucesorio español en los últimos años. Sin embargo, y aún reconociendo la intención loable del legislador de 2003 con la promulgación de dicha ley, lo cierto es que la misma ostenta una redacción técnico-jurídica tan deficiente que en la actualidad sigue suscitando en nuestra doctrina una serie de interrogantes de gran calado jurídico, de entre los cuales debemos destacar el hecho de que no se limite el alcance de la sustitución fideicomisaria especial a favor de los tutelados, o lo que es lo mismo, que también puedan favorecerse de dicha figura tan importante los curatelados, y más si tenemos en cuenta que en España, tras la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la curatela ha pasado a convertirse en la figura principal del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (antigua incapacitación).

PALABRAS CLAVE

Incertidumbres jurídicas, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Derecho Sucesorio español, Convención de la ONU.

ABSTRACT

The Law 41/2003 of Patrimonial Protection for people/ persons with disabilities must be considered as one of the most important piece of legislation approved in the field of Spanish inheritance law over the last few years. Nevertheless, recognizing that the legislator intentions were praiseworthy when the law was enacted, the truth is that his legal-technical drafting is so deficient that it is still raising questions of major legal importance, among which we must highlight the fact that the scope of the trust is not limited to favour the persons under guardianship, which is the same as saying that people under curatorship can also benefit from such an important legal concept, especially considering that in Spain, after the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, curatorship has become the principal element of the procedure for amending capacity to act (former incapacitation).

KEYWORDS

Legal uncertainties, Law of patrimonial protection of people with disabilities, Spanish inheritance law, UN Convention.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Modificaciones introducidas por la LPPD en el derecho sucesorio.* 2.1. Las facultades concedidas por el testador a favor del cónyuge supérstite para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes. 2.2. Una nueva causa de indignidad sucesoria por no prestar los alimentos legales al pariente con discapacidad. 2.3. Donaciones y legados del derecho de habitación a favor de personas con discapacidad. 2.4. Exención de traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. 2.5. La sustitución fideicomisaria especial que puede establecerse a favor de los descendientes incapacitados judicialmente sobre todo el tercio de legítima estricta.—3. *El alcance exacto de la LPPD: ¿personas con discapacidad o personas incapacitadas judicialmente?* 3.1. Las personas incapacitadas judicialmente como posibles beneficiarias de todas las medidas de protección introducidas por la LPPD. 3.2. Imposibilidad de establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de las personas con discapacidad.—4. *La curatela como eje central del nuevo procedimiento de modificación de la capacidad de obrar tras la convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.* 4.1. Razones que llevan a apostar por la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema. 4.2. La apuesta decidida de los Tribunales españoles por la curatela frente a la tutela. 4.3. La protección de los tutelados, y no de los curatelados, como verdadera finalidad del legislador de la LPPD.—5. *Conclusiones.*—6. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003¹, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil², de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad³, destaca tanto por la gran importancia que ha adquirido dentro del Ordenamiento jurídico español, como por el gran número de interrogantes jurídicos que su deficiente redacción técnico-jurídica plantea.

Lo cierto es que la gran importancia de la LPPD se refleja ya en las normas que dicha ley modificó tras su publicación, como son el C.c., la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa tributaria que tenga por finalidad la protección de las personas con discapacidad.

Aunque en mi opinión, uno de los mayores méritos de la LPPD fue otorgar carta de naturaleza a las personas con discapacidad, las cuales, hasta ese momento, no tenían cabida en nuestro Ordenamiento jurídico al no estar contempladas en nuestros textos legales (sólo lo estaban las personas plenamente capaces y las personas incapacitadas judicialmente⁴).

¿Qué reconocimiento jurídico tenían en el C.c. todas aquellas personas con una discapacidad reconocida administrativamente, que no habían pasado por el procedimiento de incapacitación?

Pues aunque resulte sorprendente, hasta la publicación de la LPPD ninguno.

De hecho, fue precisamente esta ley la que introdujo a nuestro C.c. una nueva Disposición Adicional (la cuarta) que se suma a las tres existentes desde su promulgación en 1.889, consiguiendo que desde entonces también se hablase de las personas con discapacidad dicho cuerpo legal, exponiendo la Disposición Adicional cuarta que «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los arts. 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de

¹ Publicada en el BOE núm. 277, de 19 noviembre de 2003.

² En adelante C.c.

³ En adelante LPPD.

⁴ Término el de personas incapacitadas con las horas contadas en nuestro ordenamiento, ya que el cambio terminológico se ha producido en algunas leyes, como las mencionadas la Ley 20/2011 y Ley Orgánica 2015 de modificación del Código Penal, aunque por encima de todas debemos destacar lo ocurrido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, donde directamente se hace referencia al procedimiento de la incapacitación como «proceso judicial para modificar la capacidad de una persona», y a la persona incapacitada como «persona con capacidad modificada judicialmente», mientras que al mismo tiempo sigue regulando las figuras de la tutela, la curatela y el guardador de hecho.

Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad».

Bajo mi punto de vista, es Leña Fernández⁵ quien mejor refleja el sentir generalizado de nuestra doctrina sobre la LPPD, cuando expone que «desde el punto de vista técnico-jurídico, la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas, lo que ha llevado a Seda Herмосín a calificarla, como un verdadero parto de los montes. No era así en su primer anteproyecto, pero, sin duda, las sucesivas y numerosas manos (y mentes) puestas sobre ella han conseguido realizar este verdadero estropicio.

Bien, pues, a pesar de todo eso, o mejor, por encima de todo eso, creo que hay que saludarla como un avance importante en lo que hace referencia al entorno jurídico del discapacitado, y ello, porque abre espacios de libertad en ese entorno, unos espacios de libertad que permiten una mayor igualdad, sobre todo en el ámbito patrimonial, con los plenamente capaces y que llevamos reclamando, desde hace ya bastantes años, algunos de los que nos venimos ocupando de estas materias. (...) Por eso mi posición, respecto a ella y por encima de sus muchas imperfecciones e insuficiencias formales y materiales, es sumamente favorable: aprecio en ella su apertura a espacios de libertad».

En cuanto a su importancia, González Porras⁶ considera que «la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2.003, de 18 de Noviembre, que lleva el título de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad(...), es, a mi juicio, una de las más importantes, si no la de mayor calado entre las que han reformado el articulado de nuestro Código civil, y diré que pienso que es así porque afecta de manera directa a los tres pilares fundamentales del ‘Sistema’, que son ‘la persona física’ y además la persona física discapacitada, primer elemento sobre el que se apoya el Derecho civil (...), ‘La familia’ (...), y el ‘patrimonio’ como factor necesario para su desarrollo».

⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima. Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 183.

⁶ GONZÁLEZ PORRAS, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas» en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coordinadores), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 699 y 700.

Ateniéndonos a su Exposición de Motivos⁷, la LPPD tiene por objeto «regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos».

Y es que, tal y como afirma Gómez Gállico⁸, el dinero no es la felicidad pero ayuda a ella. Esta afirmación podríamos suscribirla todos los ciudadanos, cualquiera que sea nuestro sexo o nuestra condición social. Sin embargo, es especialmente cierta cuando tenemos alguna discapacidad física o psíquica. Cierto es que el dinero no lo es todo: los discapacitados necesitan (necesitamos, podríamos decir, pues cualquiera de nosotros puede pertenecer a ese colectivo en cualquier momento) cariño, asistencia, supresión de barreras arquitectónicas, apoyo, comprensión, paciencia... Pero también medios económicos. Sólo así puede hacerse efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley: tratando desigualmente situaciones desiguales.

De ahí que el único objetivo de la LPPD sea, como su propio nombre indica, la protección patrimonial de las personas con discapacidad (e incapacitadas, aunque su título no lo refleje, ya que este es el colectivo de personas que exclusivamente protege la que en mi opinión es la medida más importante introducida por la norma en nuestro Derecho Sucesorio, como es el nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria).

Una de las principales preocupaciones de los progenitores de las personas con discapacidad, y de las incapacitadas judicialmente, será quién se ocupará de ellos una vez que el responsable de los mismos fallezca.

A este respecto, expone Vivas Tesón⁹ que «dicha Ley permite prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad, adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por pensiones públicas de diversa índole y,

⁷ En adelante EM.

⁸ GÓMEZ GÁLIGO, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 687, enero-febrero, p. 11.

⁹ VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 8.

por consiguiente, permitirle vivir una mejor vida adulta. No es preciso esperar a formularse angustiosamente la pregunta: «¿Qué será de él/ella cuando no pueda hacerme cargo o me muera?, para iniciar la planificación económica de su etapa adulta, pues este proyecto de futuro puede comenzarse desde la niñez o adolescencia de la persona con discapacidad, contando, incluso, para ello, como tendremos ocasión de ver, con algunas ventajas fiscales».

Para ello, la ley entiende objetivo prioritario la regulación del llamado «patrimonio especialmente protegido del discapacitado», así como al favorecimiento de su constitución y la aportación al mismo de bienes y derechos a título gratuito. Y todo ello porque, en base a la LPPD, el patrimonio protegido está constituido de una masa patrimonial inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad.

En cuanto a las modificaciones que la LPPD introduce en nuestro C.c., destacan las realizadas en materia de autotutela, mandato, contrato de alimentos y régimen sucesorio, siendo éstas últimas las que interesan en el presente artículo.

2. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LPPD EN EL DERECHO SUCESORIO

Personalmente coincido con Pereña Vicente¹⁰ en que «las reformas introducidas por la LPPD en las instituciones de Derecho sucesorio obedecen a dos finalidades diferentes: por un lado, permitir que el incapacitado¹¹ reciba por herencia más de lo que le correspondería de no serlo; y por el otro impedir que ciertas personas se beneficien de la herencia del discapacitado».

De todas las modificaciones producidas en el C.c. mediante la LPPD vamos a centrarnos en el estudio de aquéllas que afectan al

¹⁰ PEREÑA VICENTE, M., «La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las persona con discapacidad*, Perez de Vargas Muñoz, J. (coord.), La Ley-Actualidad, 2007, p. 686.

¹¹ No compartimos la visión de la autora al usar el término «incapacitado» por entender que debería haber usado ambos conjuntamente, el de «personas con discapacidad» e «incapacitados», ya que, por ejemplo, si bien la sustitución fideicomisaria afecta a los incapacitados exclusivamente, el resto de modificaciones llevadas a cabo por la LPPD en cuanto al régimen sucesorio va dirigido, según la literalidad del Código, a «personas con discapacidad».

régimen sucesorio, las cuales se recogen tanto en el apartado VII de la EM de la Ley, como en su art. 10.

2.1 LAS FACULTADES CONCEDIDAS POR EL TESTADOR A FAVOR DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE PARA MEJORAR Y DISTRIBUIR LA HERENCIA DEL PREMUERTO ENTRE LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES

Para llegar a entender la finalidad perseguida con esta reforma debemos acudir al apartado VII de la Exposición de Motivos de la LPPD, en su letra d)¹², en la que se señala que su objeto es introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, concediéndosele al testador la facultad para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes.

Pero, ¿por qué define la LPPD la figura aquí estudiada como una figura de protección patrimonial «indirecta» de las personas con discapacidad?

Pues porque en el artículo modificado del C.c., el 831, ni siquiera se llega a nombrar a las personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente, sino que dicha reforma va dirigida a conceder una mayor libertad de testar al testador, el cual puede decidir libremente si facultar al cónyuge supérstite a distribuir su herencia. O lo que es lo mismo, que no es una reforma dirigida exclusivamente a proteger a las personas con discapacidad o incapacitadas, ya que no es necesaria la presencia de éstos para que se puedan conferir al cónyuge las facultades atribuidas por el art. 831 del C.c.

En tal sentido, Rodríguez-Yniesto Valcarce¹³ expuso que «gracias a este párrafo de la Exposición de Motivos sabemos qué objeto tiene la reforma, a decir del legislador, aunque, personalmente, no termine de convencerme, pues es fácil ver que el nuevo artículo

¹² Se recoge en el apartado VII, d), de la Exposición de Motivos de la LPPD que: «Se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de las personas con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas a los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí».

¹³ RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, «La reforma del art. 831 del Código Civil por la Ley 41/2003, la delegación de la facultad de mejorar», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 55, julio-septiembre 2005, p. 182.

831 va mucho más allá de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De hecho, en la nueva redacción del artículo, los discapacitados no aparecen en absoluto, por lo que sus disposiciones son aplicables a cualquier persona, discapacitada o no».

Sin embargo, ahondando un poco más en el estudio de esta medida de protección, considero que la misma puede servir de claro ejemplo en cuanto a la deficiente redacción técnico-jurídica otorgada por el legislador del 2003 a la LPPD a la que hacíamos referencia al principio del presente artículo, ya que, por paradójico que resulte, esta reforma introducida por la ley que tiene como objeto la protección de las personas con discapacidad puede llegar a ser usada en su contra, ya que nada obsta al cónyuge supérstite facultado para ello, a mejorar al hijo o descendiente que no tenga ninguna discapacidad reconocida aun concurriendo en la herencia con hermanos o sobrinos incapacitados o con discapacidad.

Eso sí, también es cierto que la reforma otorgada por la LPPD al art. 831 del C.c. se puede usar en beneficio de las personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente. Por ejemplo, la facultad de mejora conferida al cónyuge supérstite en el plazo de tiempo que determine el testador le permite a éste observar el comportamiento de los familiares de las personas con discapacidad hacia ésta, pudiendo mejorar o perjudicar a aquéllos según su comportamiento al respecto; e igualmente, si durante dicho plazo cualquier descendiente pasa a formar parte del colectivo de personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente (por enfermedad o accidente), el cónyuge supérstite tendrá la facultad de mejorarlo con los bienes del cónyuge fallecido en su día.

2.2 UNA NUEVA CAUSA DE INDIGNIDAD SUCESORIA POR NO PRESTAR LOS ALIMENTOS LEGALES AL PARIENTE CON DISCAPACIDAD

Como introducción al estudio de la nueva causa de indignidad sucesoria hemos de exponer que más que ante una medida de protección directa de la persona con discapacidad, nos encontramos ante una «sanción» que se le impone a ciertos familiares o parientes, o incluso a terceros, que no presten las atenciones debidas a una persona con discapacidad¹⁴, aunque al mismo tiempo podemos

¹⁴ En el mismo sentido se expresa RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, número 4, 2004, p. 360: «No hay aquí medida de protección directa de la persona con discapacidad, sino, y a lo sumo, una protección indirecta: se sanciona civil-

considerarla, sin duda, como una medida para incentivar el cuidado de este colectivo de personas por parte de los familiares con derecho a heredarles.

Las causas de indignidad para suceder quedan recogidas en nuestro C.c. en el art. 756, artículo que hasta 2003 estaba formado por 6 supuestos, pero con la entrada en vigor de la LPPD se incluye un 7.º, el cual establece que: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Código Civil».

Por su parte, la EM de la LPPD en su apartado VII, a), recoge que: «Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera de las personas obligadas a prestarlos».

Una vez expuesto lo recogido por parte del C.c. y de la EM de la LPPD sobre quiénes serán considerados indignos para suceder a la persona con discapacidad me pregunto, ¿era necesaria tal imprecisión personal?¹⁵ ¿Engloba dicha reforma sólo a los posibles herederos *ab intestato*?

Personalmente soy partidario de hacer una interpretación amplia¹⁶ del art. 756.7.º de nuestro C.c., entendiéndose que cuando el legislador fija *las personas con derecho a la herencia* en sentido general, tendrán que considerarse incluidos no sólo las personas

mente a aquellos familiares o parientes que, en vida del discapacitado, no adoptaron en relación a éste, la conducta que el legislador considera correcta; esto puede servir para que esos familiares, si quieren evitar la sanción, se comporten como se espera de ellos».

¹⁵ En dicho sentido PÉREZ JIMÉNEZ, M.ª T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, 21, 2004, p. 2541: «Llama la atención la escasa precisión técnica con la que se expresa el legislador, pues es sabido que al inapto por indignidad se le sanciona de una forma relativa, privándole de derechos sucesorios en una herencia determinada, la del ofendido, de manera que no tendrá derecho alguna en la sucesión testamentaria o abintestato del mismo».

¹⁶ Al contrario se expresan autores como DÍAZ ALABART, en «Principios de protección jurídica del discapacitado», Bello Janeiro (coordinador), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, p. 925, donde recoge que «Por todo lo dicho anteriormente soy de la opinión de que aunque no esté tan claro en el texto del art. 756.7.º del C.c., las personas que puedan ser declaradas indignas por razón de no prestar alimentos al discapacitado que los necesitase serán aquellas obligadas legalmente, mencionadas en el art. 143 CC.; e igualmente expone SERRANO GARCÍA, I., en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 555, que «Entiendo que esta dificultad hay que resolverla entendiéndose que solamente los llamados a la herencia del discapacitado que también están obligados a prestar alimentos (es decir, cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos; es decir, las personas mencionadas en el art. 144 C.c.) son los que pueden ser indignos».

que puedan suceder *abintestato*, sino también los legitimarios, los herederos o legatarios de la sucesión testada. Es decir, que la indignidad sucesoria podrá darse tanto en la sucesión testada como en la intestada, y más si tenemos en cuenta que el propio art. 756 habla, en ocasiones, del testador.

En cuanto a los posibles herederos *ab intestato*, el límite para ser considerado indigno a la hora de suceder a una persona con discapacidad por no haberle prestado las atenciones debidas se fija en sus parientes en línea colateral hasta el 4.º grado, por ser el límite para heredar *abintestato* que marca el C.c.¹⁷ El problema surge con los parientes de 3.º grado de consanguinidad, por ejemplo, los tíos, y los de 4.º grado, por ejemplo, los primos, ya que éstos no están obligados a prestar alimentos en base al C.c. Y entonces, ¿tendrá sentido exigirles que presten las atenciones debidas¹⁸ a la persona con discapacidad para poder heredarle si no están obligados ni a prestarle alimentos?

Particularmente entiendo que sí, amparándome para ello en la última frase del apartado VII a) de la EM de la LPPD cuando expone que «*Se configura como causa de indignidad (...), y ello aunque el causahabiente no fuera de las personas obligadas a prestarlos*». Con esta frase, los llamados a heredar que no estuvieran obligados a prestar alimentos, quedan igualmente obligados a prestar las atenciones debidas a la persona con discapacidad para poder heredarle.

Seguramente lo que busca el legislador con esta última frase es evitar casos como el de los primos, tíos o sobrinos que habiendo ignorado por completo a un familiar con discapacidad durante toda su vida, pretenden heredarle al no existir testamento, posibilidad ésta bajo mi punto de vista descartada en la actualidad, tras el contenido de la LPPD y su EM.

Por último, aparte de los legitimarios y de los llamados a heredar *abintestato*, debemos traer a colación a la hora de hablar de indignos para suceder a una persona con discapacidad por no prestarle las atenciones debidas a cualquier tercero que sea heredero o legatario testamentario, ya que, en base a la generalidad que se recoge en el art. 756.7.º C.c. en cuanto a *las personas con derecho a la herencia*.

Coincido con la mayoría de autores en reconocer que puede resultar extraño que un tercero que nada tiene que ver con la perso-

¹⁷ Establece el art. 954 del C.c. que: «No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el 4.º grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar *abintestato*».

¹⁸ Recordemos que por «atenciones debidas» se entienden los alimentos recogidos en los arts. 142 y 146 C.c.

na con discapacidad, o, al menos, no es su pariente, será igualmente considerado indigno para sucederle por no haberle prestado en su día las atenciones debidas, aunque no estuviese obligado a ello, e incluso desconociendo por completo su condición de heredero.

Entendemos que los motivos vuelven a ser los mismos que para los parientes de 3.º y 4.º grado de consanguinidad que expusimos con anterioridad, es decir, evitar que las personas que no hayan atendido en absoluto a la persona con discapacidad se puedan ver beneficiados por la herencia de éste.

Eso sí, todo lo anteriormente expuesto carece de sentido en los supuestos en los que la persona con discapacidad, aun conociendo las causas de indignidad en las que había incurrido la persona que no le está prestando las atenciones debidas, decide instituirlo como heredero o legatario, ya que en tales supuestos las causas de indignidad dejarán de surtir efecto siendo plenamente válido el testamento tal y como establece el artículo 757¹⁹ del C.c.

Para terminar este punto, me pregunto qué patrimonio puede dejar a su fallecimiento una persona con discapacidad que en vida tenía una situación económica tan delicada que necesitaba ser atendida respecto a los alimentos recogidos en el art. 142 del C.c

2.3 DONACIONES Y LEGADOS DEL DERECHO DE HABITACIÓN A FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Existen normas tanto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, como en la Ley de Propiedad Horizontal, encaminadas a atender las necesidades de las personas con algún tipo de discapacidad en cuanto a la adecuación de su vivienda, entiéndase, por ejemplo, su accesibilidad.

Sin embargo, lo que se consigue mediante la promulgación de la LPPD es favorecer directamente a la persona con discapacidad del uso de una vivienda. Para ello se le otorgó una redacción completamente nueva al art. 822 del C.c., pasando íntegramente su redacción anterior a convertirse en el párrafo tercero del art. 821 del C.c.

El estudio del presente artículo 822 lo realizaré por epígrafes dado su amplitud, así como por el interés de cada uno de los párrafos.

Recoge el primer párrafo del actual artículo 822 del C.c. que «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona

¹⁹ El artículo 757 del C.c. establece que: «Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público».

con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella».

De este primer párrafo del precepto podemos destacar dos figuras jurídicas interesantes a las que merece la pena hacer referencia, como son:

1) La donación de un derecho de habitación a favor de una persona con discapacidad. Nos encontramos ante una donación ordinaria²⁰, o lo que es lo mismo, una donación *inter vivos*, por lo que la donación tendrá que ser aceptada por el donatario o su representante legal mediante escritura pública, produciéndose sus efectos legales desde el momento de la firma.

Eso sí, la doble mención en el art. 822 del C.c. de donación o legado hace que asimilemos la figura a la clase de donaciones en la que la entrega se realice *post mortem*, admitiéndose, por tanto, en este caso la posibilidad de las donaciones *mortis causa*, o lo que es lo mismo, las donaciones recogidas en el art. 620 C.c.²¹.

2) El legado de un derecho de habitación a favor de una persona con discapacidad que el testador puede otorgar en su testamento. Como sabemos, en el legado del derecho real de habitación el legatario adquiere el derecho legado desde la muerte del testador, si bien tiene que pedir la entrega de la posesión al gravado o gravados con el legado.

Lo cierto es que ambas figuras, tanto la donación como el legado del derecho de habitación especial que posibilita el art. 822 del C.c., necesitan del cumplimiento de una serie de requisitos para surtir efectos, como son:

a) Es necesario que el donatario o legatario del derecho de habitación sea un legitimario del causante, pero no un legitimario cualquiera, sino uno que tenga la consideración de persona con discapacidad.

²⁰ Como afirma DÍAZ ALABART, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, mayo, 2004, pp. 863-864: «Creo que verdaderamente es así, y que en ningún caso se trataría de una donación *mortis causa*, en el supuesto de que éstas verdaderamente existan en nuestro Derecho. Si bien no voy a entrar de lleno en la cuestión por ser, a mi entender, ajena a la cuestión que estoy tratando en estas páginas, si querría recordar algunos extremos. En la opinión de la mayor parte de los autores (entre los que me incluyo), y la jurisprudencia, a tenor del art. 620 CC las donaciones *mortis causa* no existen como tales donaciones puesto que «participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria. (...)».

²¹ Establece el artículo 620 del C.c.: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

De esta primera exigencia destaca, por una parte, que el donatario o legatario ha de ser una persona con discapacidad²², y por otra se exige al donatario o legatario ser legitimario del testador, por lo que no sólo alcanzará a los hijos o descendientes con discapacidad (como sucede, por ejemplo, en la nueva sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD), sino que, además de ellos, serán posibles beneficiarios de esta medida de protección, tanto los padres o ascendientes, como el cónyuge viudo.

Particularmente soy partidario de que la interpretación que hay que dar al art. 822 en cuanto a que la donación se haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, sea una interpretación lo más amplia posible²³, en el sentido de que pueda verse favorecido por este nuevo derecho de habitación cualquier legitimario, aunque no sea legitimario efectivo, oponiéndome con ello a que se siga el régimen general de las atribuciones a título gratuito²⁴ (los legitimarios más próximos excluyen a los de siguiente grado).

Con ello se evitaría, por ejemplo, la situación absurda de que un nieto con discapacidad cuyo padre viviese (sería éste el legitimario), no pudiese verse beneficiado de tal derecho aunque esa fuese la voluntad de su abuelo simplemente por no ser legitimario del causante. Lo mismo ocurriría con el padre con discapacidad del testador que por tener hijos no puede proteger mediante esta medida al padre con discapacidad.

²² O lo que es lo mismo, que sufra y tenga acreditada una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento o una minusvalía física o sensorial, igual o superior al 65 por ciento.

Resulta interesante al respecto la opinión de DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de protección patrimonial de personas con discapacidad)», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, p. 2124, cuando afirma que la suma de ambas discapacidades, la psíquica y la física, podría ser válida para verse beneficiado por esta medida de protección. Expone la autora que «ha de ser una persona con discapacidad (no es preciso que esté incapacitada), de acuerdo con el concepto de discapacitado que nos ofrece la propia Ley 41/2003, en su art. 2: los afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y los afectados por una minusvalía física o sensorial, igual o superior al 65 por ciento. En el supuesto de que una persona no llegue a ninguno de esos porcentajes independientemente, pero sí sumando la discapacidad física con la psíquica, pueden surgir dudas de si a efectos de esta ley –y por tanto por lo que respecta a la aplicación del art. 822 CC–, tienen o no la condición de discapacitados. Partiendo del principio de protección de las personas con discapacidad, y del hecho incontestable que el grado de discapacidad así computado es real creo que hay que dar una respuesta positiva».

²³ Tal idea viene reforzada con lo que expone la EM de la LPPD en su apartado VII, c), que se reforma el artículo 822 del C.c., dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación (...).

²⁴ En tal sentido, SERRANO GARCÍA, *Op. cit.* pp. 491-492, comenta que: «El donatario o legatario tiene que ser un discapacitado con derecho a legítima (descendiente, ascendiente o cónyuge); no cabe por vía de este legado el derecho de habitación sobre la vivienda habitual al nieto, viviendo el hijo (el padre es el legitimario, y no el nieto)».

b) También exige el primer párrafo del artículo 822 del C.c. que el derecho de habitación donado o legado tenga por objeto la vivienda habitual.

Por ello, el artículo 822 del C.c. no surtirá efecto cuando la donación o el legado del derecho de habitación a persona legítima con discapacidad se produzca sobre otra vivienda del causante que no sea la habitual²⁵.

Considero que no está muy acertado el legislador al restringir exclusivamente la nueva donación o legado de habitación «sobre la vivienda habitual», ya que, con ello, puede perjudicar sin ninguna necesidad tanto a la propia persona con discapacidad, como al resto de colegitimarios. Imaginemos, por ejemplo, el caso en el que el causante vive con su familiar con discapacidad en una casa muy grande y decide donarle o legarle otro piso más pequeño pero igualmente habilitado para éste. Con tal donación o legado perjudicaría mucho menos al resto de colegitimarios en cuanto a su legítima estricta, ya que, entonces, sí se computaría sobre este tercio de legítima la casa grande donde en su día convivieron causante y beneficiado con discapacidad, sin que por ello se esté perjudicando a este último, el cual igualmente se vería beneficiado por la nueva figura introducida por la LPPD.

Por ello, y ateniéndonos a la literalidad del art. 822 C.c., entiendo que el causante que quiera proteger a su familiar con discapacidad se ve obligado a donarle o legarle el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, no pudiendo por tanto elegir libremente sobre qué inmueble decide otorgar tal derecho, pudiendo perjudicar tal situación a la propia persona con discapacidad, ya que en el ejemplo anterior no sería de extrañar que el testador, por no perjudicar al resto de colegitimarios (que pueden, por qué no, estar igual o más necesitados que la persona con discapacidad) decida finalmente no otorgar el derecho de habitación a su favor sobre la vivienda habitual.

Por último, considero que el legislador, como mínimo, podría haber especificado qué se entiende por «vivienda habitual» para este tipo de supuestos, ya que imaginemos el caso de un testador que pasa 7 meses al año en la casa de la playa y 5 en la casa de la ciudad. ¿Podría en este supuesto el testador donar o legar exclusi-

²⁵ Como señala DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad...», cit., p. 2127: «Por tanto la excepción del art. 822 CC no será aplicable cuando el derecho de habitación se constituya respecto a una segunda vivienda que se utiliza en periodo vacacional por más que en ella convivan durante ese tiempo disponente y discapacitado y el fallecimiento del primero se produzca durante dicho periodo».

vamente a favor del familiar con discapacidad el piso de la playa aún siendo más conveniente para éste el piso sito en la ciudad?

3) En cuanto a la exigencia impuesta por el legislador de la LPPD de que para poder beneficiarse de este derecho la persona con discapacidad ha de convivir con el testador, no puedo más que discrepar de esta decisión. Principalmente por dos motivos:

El primero, porque restringe mucho las posibilidades de los familiares con discapacidad del testador de verse beneficiados por el derecho de habitación especial, ya que por ejemplo, un abuelo no podrá beneficiar a un nieto con discapacidad con el derecho de habitación sobre el inmueble que considere si no vivían juntos

Y el segundo, aún más importante, porque coincidiendo con Vivas Tesón²⁶, considero que la exigencia legal de convivencia de la persona con discapacidad en el domicilio sobre el que se constituye dicho derecho va en contra de su vida autónoma e independiente, siendo precisamente ésta una de las finalidades de la Convención de Naciones Unidas de 13 de Diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Imaginemos el caso de personas con audición o vista muy reducida que lleguen a alcanzar el grado de discapacidad del 65 por ciento. ¿Qué lógica tendría exigirles vivir con los familiares para poder verse favorecidos por el nuevo derecho de habitación? O, ¿por qué esta persona si vive con el familiar se podrá ver favorecido, y si no vive con él no? ¿Acaso no tiene el mismo grado de discapacidad?

Tal vez con la redacción del artículo 822 lo que pretende el legislador de 2003 es establecer esta medida de protección sólo y exclusivamente a favor de las personas que sufren una discapacidad tan severa que les impida desarrollar una vida autónoma e independiente.

Pero si el primer párrafo del art. 822 del C.c. aporta una serie de figuras jurídicas interesantes, el segundo párrafo recoge una de las novedades más importantes introducidas en nuestro Ordenamiento jurídico por la LPPD, como es el «legado legal» del derecho de habitación sobre la vivienda habitual.

Expone el segundo párrafo del artículo 822 que «Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su

²⁶ VIVAS TESÓN, *Op. cit.*, p. 175.

titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten».

Es decir, que siempre que la persona con discapacidad lo necesite es la propia ley la que atribuye tal derecho de habitación y con el mismo trato de favor que cuando este derecho tiene su origen en la voluntad del testador, es decir, sin que su valor se compute a la hora de calcular las legítimas.

Sin embargo, estando a la redacción dada por el legislador del art. 822 párrafo 2.º, nos encontramos con que el derecho de habitación por ministerio de la ley sólo podrá aplicarse cuando, aparte de la *conditio iuris* de la convivencia, se cumpla una triple condición:

1) Que el legitimario con discapacidad necesite la vivienda.

Como era de esperar, el legislador no ha determinado el significado del concepto jurídico «necesidad», por lo que considero que se refiere a que no disponga de otro alojamiento, ni de recursos económicos que le permitan acceder a otra vivienda (ya sea mediante arrendamiento o adquiriéndola).

Me planteo si dicha «necesidad» se exige también en los casos en los que sea el propio causante quien done o legue el derecho de habitación (art. 822 párrafo 1.º), si bien entiendo que no, y que una persona con discapacidad que disponga de otros bienes puede ser igualmente beneficiada con el derecho de habitación sobre el inmueble en el que convivía con el testador, siempre que ésta fuese la voluntad del causante.

Soy consciente de admitir tal posibilidad supone que el testador grave al resto de colegitimarios respecto de su legítima, si bien esto se produce en aras de favorecer a una persona con discapacidad, cumpliéndose con ello con la finalidad de la LPPD.

2) Que el testador no haya excluido expresamente el legado legal al que nos referimos, o haya dispuesto otra cosa. Por tanto, la voluntad del testador no está tan ausente, ya que podía haberse opuesto mediante una manifestación o disposición en el testamento para prohibir la posibilidad del legado legal.

3) El legitimario con discapacidad titular del derecho de habitación no podrá impedir que continúen conviviendo con él en el inmueble los demás legitimarios mientras lo necesiten. Con este último límite el legislador intenta salvaguardar un poco más la figura del legitimario que se verá gravado con la introducción del nuevo legado legal de habitación especial que introduce la LPPD, el cual ya experimenta un perjuicio como consecuencia de no computar el legado del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas, como para que, además, se le pueda obligar a abandonar inmediatamente la que también viene siendo su vivienda habitual.

Pero llegados a este punto parece lógico que nos planteemos si esta obligatoriedad de convivir con el resto de legitimarios mientras lo necesiten rige también si el derecho de habitación fue establecido directamente por el testador.

Aunque algunos autores mantienen que sí²⁷, personalmente considero que no es así, ya que de haber sido ésta la verdadera intención del legislador entiendo que hubiese podido acabar el párrafo 1.º del art. 822 tal y como acaba el 2.º, es decir, «... pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten».

Eso sí, queda claro que la persona con discapacidad que disfruta del derecho de habitación por ministerio de la ley²⁸ no puede impedir que continúen conviviendo con ella en la vivienda los demás legitimarios «mientras» lo necesiten, ¿pero qué ocurrirá cuando ya no lo necesiten por disponer, por ejemplo, de recursos económicos para resolver el problema del alojamiento? ¿Podrán entonces las personas con discapacidad beneficiadas del legado legal del derecho de habitación exigir al resto de legitimarios el abandono de la vivienda?

El tercer y cuarto párrafo del art. 822 establece que «El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 de este Código que coexistirán con el de habitación».

Tanto el derecho de habitación que tiene su origen en actos voluntarios del titular de la vivienda, como el que atribuye directamente la ley, son intransmisibles, por lo que el legitimario con discapacidad no puede transmitir tal derecho ni por actos *inter vivos*, ni por actos *mortis causa*, si bien, antes de esta declaración expresa del párrafo 3.º del art. 822 del C.c., ya el art. 525 del mismo Código establece con carácter general para todo derecho de habitación su intransmisibilidad.

En cuanto a lo recogido en el cuarto y último párrafo del art. 822 del C.c., sobre que *los derechos del cónyuge viudo recogidos en los*

²⁷ Como FUENTESECA DEGENEFEE, «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, González Porras, J. M./Méndez González, F. P. (Coords.), T. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 1758.

²⁸ Que es un derecho vitalicio, mientras que el otorgado por el causante puede ser temporal, dependiendo de la voluntad de éste.

arts. 1.406²⁹ y 1.407³⁰ del C. c., coexistirán con el derecho de habitación del legitimario con discapacidad, coincido con Ruiz-Rico Ruiz Morón³¹ al considerar que si el cónyuge superviviente opta por la atribución de la propiedad de la vivienda, será dueño exclusivo de ella, pero soportando el gravamen que representa el derecho de habitación de la persona con discapacidad; y si se decide por la constitución a su favor de un derecho de uso o de habitación sobre la vivienda habitual, podrá seguir ocupando ésta, con carácter vitalicio, juntamente con la persona con discapacidad.

Por otro lado, puede darse el caso de que la persona con discapacidad a quien se pretenda favorecer sea el propio cónyuge superviviente, el cual ya tenía por ley la preferencia de disfrute de la vivienda, si bien, tras el nuevo art. 822 C.c., este derecho de habitación no se computará en su haber hereditario, viéndose con ello igualmente favorecido.

Por último, paso a valorar el contenido de la ventaja que concede el art. 822 del C.c. a la persona con discapacidad cuando establece que el derecho de habitación concedido (bien sea por donación, legado o por ministerio de la ley) «no se computará para el cálculo de las legítimas».

Partiendo de la base de que por *computar su valor* debemos entender traer a la masa hereditaria las liberalidades hechas en vida por el causante para sumarlo al valor de los bienes que deja a su muerte, considero que tampoco está muy acertado el legislador de la LPPD en tal sentido en la nueva redacción dada del art. 822, ya que, si bien es cierto que en lo referente a las donaciones sí se computan para el cálculo de las legítimas, no sucede lo mismo para los legados.

En cuanto a la donación, recoge el art. 818³² del C.c., que la suma de lo que queda a la muerte del testador y el valor de las donaciones (colacionables) hechas en vida constituye la base para calcular la cuota legitimaria, por lo que las donaciones habrán de ser traídas a la masa hereditaria para *computar su valor*. Pero a raíz

²⁹ Art. 1406 del C.c.: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: (...) 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.»

³⁰ Art. 1407 C.c.: «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero.»

³¹ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, p. 368.

³² Art. 818 C.c.: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que queden a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.»

de la entrada en vigor de la LPPD, con la donación de ese especial derecho de habitación que se recoge en el art. 822 sucede lo contrario, es decir, dicha donación no tendrá que ser traída a la herencia para computar su valor, quedando su cuantía excluida del cálculo de las legítimas, por lo que nunca podrán entenderse como inoficiosas al quedar fuera de los bienes y derechos sujetos a los límites de las legítimas.

En cambio, al referirnos a los legados hay que tener en cuenta que tienen un régimen diferente al de las donaciones, ya que, como sabemos, éstos no se computan para el cálculo de las legítimas por formar directamente parte del caudal relicto, sino que, a petición de los herederos forzosos, se reducen si menguan la legítima como establece el art. 817 C.c.³³.

Aun así queda claro que el legislador, bien sea mediante legado o donación, lo que pretende es que el derecho de habitación concedido a la persona con discapacidad quede fuera de las reglas de la legítima, por lo que el beneficiado, por una parte, disfrutará de dicho derecho de habitación, y, por otra, le corresponderá la misma porción de legítima estricta que al resto de colegitimarios, pudiendo ser independientemente beneficiado con el tercio de mejora y el de libre disposición.

Literalmente queda recogido en el Código que «no se computará para el cálculo de las legítimas», pero ninguna referencia hace sobre si deberá traerse o no a colación.

Por mi parte³⁴ considero que la verdadera finalidad de la norma es que la donación o el legado del derecho de habitación estudiado quede dispensado de colación, aunque la Ley no lo disponga, ya que es ésta la única forma de beneficiar realmente a la persona con discapacidad, por no servir para nada el hecho de que se dispensase de la computación si después quedan obligados a colacionarlos.

³³ Art. 817 C.c.: «Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas».

³⁴ Entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario al Código Civil*, coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, entiende que: «No sólo no se tiene en cuenta para la computación de la donación o legado, sino tampoco para la imputación y la colación cuando los legitimarios hubiesen sido nombrados herederos»; SERRANO GARCÍA, *Op. cit.*, p. 503 recoge que: «Si bien en el 822 no se habla de dispensa de colación, creo que la finalidad de la norma exige entender que hay una presunción de dispensa de colacionar el derecho de habitación donado, si bien cabe dentro de la autonomía de voluntad del donante señalar en el negocio de atribución gratuito que la donación efectuada es colacionable»; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, p. 367 considera que: «Obviamente, si la donación o el legado del derecho de habitación no se computa para el cálculo de las legítimas, tampoco será objeto de colación o imputación a los efectos del art. 1047 del C.c.».

2.4 EXENCIÓN DE TRAER A COLACIÓN LOS GASTOS REALIZADOS POR LOS PADRES Y ASCENDIENTES PARA CUBRIR LAS NECESIDADES ESPECIALES DE SUS HIJOS O DESCENDIENTES CON DISCAPACIDAD

Por regla general, los legitimarios están obligados a colacionar lo que hubieran recibido en vida del causante a título lucrativo para computarlo en el cálculo de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello con la finalidad de favorecer el principio de igualdad entre los coherederos en el momento de la partición de la herencia.

Establece el art. 1.035 del C. c. que «el heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean a una sucesión, deberán traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiesen recibido del causante en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo para computarlo».

Cabe destacar la existencia de la dispensa de colación, recogida en el art. 1.036 del C.c., debiéndose entender por esta la posibilidad del donante de exonerar al donatario de la obligación de traer a la masa hereditaria lo que recibió del difunto por donación, si bien, dicha posibilidad quedará excluida siempre que los bienes o valores recibidos en vida a título gratuito afecten a la legítima de los restantes herederos forzosos, debiéndose reducir en dicho caso la donación por inoficiosa al primar, en todo caso, el principio de intangibilidad de la legítima.

También existen unos «gastos» efectuados por el causante a favor de sus legitimarios que no deberán traerse a colación, sin que ello suponga una excepción a la obligación de colacionar.

Recoge el art. 1.041 del C.c. que «No estarán sujetos a colación los gastos de alimentación, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarios, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre».

Tras la entrada en vigor de la LPPD, a este art. 1.041 se le incorpora un 2.º párrafo, que reza: «*Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*».

En este sentido, se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VII, e), que «... a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad».

Destaca que dicha redacción nada recoge sobre la posibilidad de no traer a colación los gastos efectuados por los hijos o descendientes a favor de los padres o ascendientes con discapacidad³⁵, o los realizados por un cónyuge a favor del otro en la misma situación, o lo que es lo mismo. Pudo haber aprovechado la ocasión el legislador para extender la excepción de colacionar los gastos realizados a favor de cualquier legitimario con discapacidad, como sí hizo en cambio con la donación y el legado del derecho de habitación estudiado en el apartado anterior.

Por último, existe la postura de ciertos autores que consideran que dichos gastos no colacionables mencionados en el 2.º párrafo del art. 1041 C.c. ya podían entenderse comprendidos en el párrafo 1.º del mismo, ya que los gastos efectuados a favor de las personas con discapacidad hubieran tenido cabida en los gastos de curación de enfermedades aunque fueran extraordinarios.

Por mi parte discrepo de dicha postura doctrinal, ya que el hecho de entender comprendidos los gastos que necesita una persona con discapacidad en el párrafo 1.º del art. 1.041 conllevaría a plantearnos un gran número de dudas, como pueden ser, por ejemplo, qué enfermedades, y cuáles no, son equiparables a ciertas enfermedades, o si ciertos gastos necesarios para la persona con discapacidad quedarían cubiertos entre los gastos recogidos en el párrafo 1.º, etc.

En cambio, con la incorporación a dicho artículo del 2.º párrafo se evita cualquier discusión al respecto, quedando con ello comprendidos todos los gastos que tengan que ver con el cuidado de las personas con discapacidad, como los de adaptación de la vivienda para la persona con discapacidad, los de la adquisición de vehículos adaptados para sus necesidades, etc

2.5 LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL QUE PUEDE ESTABLECERSE A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES INCAPACITADOS JUDICIALMENTE SOBRE TODO EL TERCIO DE LEGÍTIMA ESTRUCTA

Debido al nuevo alcance otorgado por la LPPD a la institución, la sustitución fideicomisaria a partir de 2003 pasó a convertirse no

³⁵ En este sentido, dispone el art. 119, párrafo 2.º del Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana de Sucesiones, con, a nuestro juicio, una mejor redacción, aunque no completa por ignorar a los cónyuges, que: *«Tampoco serán computables los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad, o los llevados a cabo por los hijos para cubrir las de sus padres o ascendientes igualmente discapacitados, siempre que no constituyan aportación a patrimonios protegidos».*

sólo en una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro Derecho Sucesorio, sino también, en una figura de imprescindible conocimiento para todos los profesionales del Derecho en España.

Y es que, debido a la apuesta decidida del legislador español del 2003 por esta institución como instrumento jurídico de protección patrimonial de las personas incapacitadas judicialmente, podemos afirmar que la sustitución fideicomisaria ha sido elegida por el legislador español como el instrumento jurídico a través del cual se permite vulnerar por primera vez³⁶ el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, ya que desde la entrada en vigor de la LPPD, cualquier testador español con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, instituyendo como fiduciarios a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y como fideicomisarios al resto de herederos forzosos, los cuales quedarán por ende gravados en su cuota de legítima estricta.

Tras la entrada en vigor de la LPPD los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no sólo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, vulnerando con ello la legítima estricta del resto de herederos forzosos, atentando contra todos los antecedentes históricos del Código civil³⁷.

Para ello, el legislador de 2003 modificó los artículos 782, 808 y 813.2 del Código civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

Artículo 782 del C.c.: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayera sobre el tercio de mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Artículo 808, párrafo 3º, del C.c.: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el

³⁶ Decimos por primera vez, porque es una intangibilidad «real» de la legítima estricta la que permite la sustitución fideicomisaria en España, pudiendo llegar incluso a suponer, en nuestra opinión, la tangibilidad no sólo cualitativa, sino también, cuantitativa de la legítima estricta, por lo que nada tiene que ver con las excepciones a su intangibilidad cualitativa que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socini*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero.

³⁷ En adelante C.c.

testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos».

Artículo 813, párrafo 2º, del C.c.: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Este nuevo alcance otorgado a la institución en 2003 como medio de protección de las personas incapacitadas por un lado, y como instrumento jurídico para vulnerar por primera vez el principio de la intangibilidad de la legítima estricta, hace que la institución sea conocida por nuestra doctrina actual como: sustitución fideicomisaria especial.

Hemos de decir también refleja la importancia de la institución a la que me refiero el hecho de que desde su implementación en nuestro Ordenamiento jurídico, en España existe una diferente libertad de testar entre los testadores. Así, aquellos con hijos o descendientes judicialmente incapacitados disponen de una mayor libertad de testar que los testadores que no tengan hijos o descendientes judicialmente incapacitados, ya que éstos últimos no pueden establecer la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a favor de sus hijos o descendientes no incapacitados.

Pero entonces, una vez acreditada la enorme importancia de la sustitución fideicomisaria especial, parece de obligado cumplimiento preguntarnos: ¿cómo pudo limitarse el legislador de 2003 a implementar una institución jurídica de tal calado, únicamente mediante la modificación de tres artículos del C.c., como son concretamente el 782, 808.3 y 813.2?

Coincide nuestra doctrina en considerar esta redacción como muy deficiente técnico-jurídicamente hablando. Tanto es así, que el nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria conlleva en la actualidad una serie de incertidumbres jurídicas de enorme importancia³⁸, si bien, a día de hoy seguimos sin jurisprudencia al

³⁸ Como por ejemplo, si la sustitución fideicomisaria introducida en nuestro Ordenamiento jurídico en 2003 puede ser una sustitución fideicomisaria de residuo (que en nuestra práctica testamentaria es la modalidad de sustitución fideicomisaria más usada), ya que en tal caso nada impide al testador establecer una sustitución fideicomisaria de residuo de la modalidad *si aliquid supererit*, en las que el fiduciario puede disponer libremente de todos los bienes fideicomitidos, en este caso, de todos los bienes que com-

respecto dada la cercanía en el tiempo de la LPPD, y el largo *iter*³⁹ que ha de producirse hasta que las mencionadas incertidumbres se resuelvan en nuestros Tribunales.

Junto a los importantísimos problemas que supone la deficiente redacción otorgada a la sustitución fideicomisaria especial, existen otros dos motivos que, en mi opinión, obligan al actual legislador español a modificar-ampliar la escasa regulación que en nuestro C.c. existe de la institución, como es, en primer lugar, la desaparición⁴⁰ de nuestro Ordenamiento jurídico del término «persona incapacitada judicialmente», que es el término que recoge el Código para limitar las personas a las que se puede proteger con la nueva sustitución fideicomisaria especial. Pero entonces, si desaparece dicho término de nuestro Ordenamiento, ¿a favor de quién se podrán establecer las sustituciones fideicomisarias introducidas por la LPPD?

Y el segundo motivo que anunciábamos es el hecho de que hoy en día en España se puedan proteger indistintamente mediante la sustitución fideicomisaria que recae sobre todo el tercio de legítima estricta, tanto los hijos o descendientes tutelados como a los curatelados, lo cual, en mi opinión, va en contra de la verdadera voluntad del legislador español que introdujo la sustitución fideicomisaria especial, ya que considero que la verdadera intención del legislador fue la de que a través de la sustitución fideicomisaria especial, única y exclusivamente se pudiesen beneficiar las personas tuteladas, tal y como ocurre con la sustitución fideicomisaria italiana⁴¹.

Así, tras estudiar también la regulación de la sustitución fideicomisaria italiana, los problemas interpretativos que presenta y la posición doctrinal al respecto, acabamos preguntándonos por qué el legislador español del año 2003 no se fijó en la regulación dada, al menos en parte, a la institución en Italia en 1975, dado que ésta, en nuestra opinión, y aun siendo conscientes del desfase en el tiem-

ponen el tercio de legítima estricta, lo cual conllevaría a la desheredación del resto de herederos forzosos.

³⁹ Que el testador apuesta por la institución como medio de protección ideal a favor de sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente; que fallezca el testador; que se impugne judicialmente el testamento; que transcurra todo el tiempo que en España supone un procedimiento judicial, hasta que la sentencia al respecto sea firme.

⁴⁰ Término hoy ya desterrado en nuestro Código Penal, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1 de 2015 de modificación del Código Penal, que sustituye el término «incapacitado» por el de «persona con discapacidad necesitada de una especial protección», pero también en el ámbito civil, como lo acredita la reciente Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, que sustituye el término «persona incapacitada» por el de «persona con capacidad modificada judicialmente».

⁴¹ Si bien, la institución italiana tiene una finalidad exclusivamente «asistencial», mientras que la institución española se introdujo en nuestro Ordenamiento con una finalidad «patrimonial».

po entre una y otra, se adapta mejor a las exigencias de la sociedad actual que la española del 2003.

Por todo ello, considero que la sustitución fideicomisaria está abocada a una inminente modificación en cuanto a su regulación y alcance, modificación que, me permito pronosticar, se producirá en la inminente reforma legislativa del procedimiento de incapacitación español, o bien, en la aprobación del futuro Código de la Discapacidad⁴².

3. EL ALCANCE EXACTO DE LA LPPD: ¿PERSONAS CON DISCAPACIDAD O PERSONAS INCAPACITADAS JUDICIALMENTE?

Tal y como refleja el título de la ley, la gran mayoría de las medidas introducidas por la LPPD protegen a las personas con discapacidad.

Sin embargo, la sustitución fideicomisaria especial protege exclusivamente a las personas incapacitadas judicialmente y nunca a las personas con discapacidad.

Tal y como expresa Martín Meléndez⁴³, causa extrañeza que la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria tenga como requisito imprescindible que el fiduciario sea una persona incapacitada, y no simplemente una persona con discapacidad, dado el título de la ley y que el objetivo fundamental de la misma sea la protección de las personas con discapacidad.

Lo cierto es que, aunque parezca difícil de comprender tras lo expuesto, la LPPD no introduce ningún supuesto en el que proteja al mismo tiempo a las personas con discapacidad y a las incapacitadas judicialmente. ¿Tiene esto algún sentido?

Desgraciadamente, estos interrogantes existen porque el legislador complica lo que es sencillo, y, en una ley como la LPPD, la cual debiera distinguirse por la simplicidad y la concreción en todos sus puntos, sitúa de nuevo al jurista ante la obligación de dar respuesta a las cuestiones nucleares que se plantean de la lectura de la norma.

Tanto es así que mediante esta norma se cumple una vez más el axioma, tantas veces motivos de reproche por la ciudadanía, de que nuestro tan querido Derecho se aleja de la sociedad, y de

⁴² Para el cual se han comenzado a dar los primeros pasos, como se acredita en el Acta N.º 1/2015, del Consejo General del Poder Judicial.

⁴³ MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 54 y 55.

que las normas resultan incomprensibles para el común de la población.

Pero la cuestión que nos interesa es: ¿podrán beneficiarse las personas incapacitadas judicialmente de las medidas de protección que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad? ¿Y las personas con discapacidad, podrán beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial por quedar dicha figura comprendida en la LPPD?

3.1 LAS PERSONAS INCAPACITADAS JUDICIALMENTE COMO POSIBLES BENEFICIARIAS DE TODAS LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTRODUCIDAS POR LA LPPD

En mi opinión, carecería de sentido que las personas incapacitadas judicialmente no puedan beneficiarse de las medidas de protección patrimonial que la LPPD establece para las personas con discapacidad en su deficiente redacción.

A tal conclusión llego por diversos motivos:

1) Para que una persona sea incapacitada judicialmente tiene que padecer una enfermedad física o mental persistente que le impida gobernarse por sí misma. Este tipo de enfermedad, en mi opinión, conllevará siempre el grado de discapacidad exigido por la LPPD en su artículo 2.2 para ser considerada persona con discapacidad, cuando establece que a los efectos de esta ley, únicamente tendrán la consideración de persona con discapacidad las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, o bien psíquica igual o superior al 33%.

Es decir, entiendo que toda persona incapacitada judicialmente tendrá siempre una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 %, o una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, y de ahí que se le haya de equiparar con las personas con discapacidad.

En este sentido, recoge Pérez Hereza⁴⁴ que «aunque no está expresado legalmente parece existir acuerdo en que todo incapacitado judicialmente aunque en la resolución judicial no exista declaración expresa al respecto, puede calificarse asimismo como discapacitado (al contrario puede haber discapacitados que pueden no ser incapacitados)».

⁴⁴ PÉREZ HERESA, «Sucesión con discapacitados: una visión práctica», en *Conferencias del curso académico 2010/11, Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXII, Editorial Edersa, Sevilla, 2011, p. 55.

2) La literalidad de la propia LPPD es otro de los motivos que me hacen apostar por la equiparación entre personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente como beneficiarias de las medidas de protección introducidas por dicha norma, ya que establece en su artículo 2.3⁴⁵ que el grado de discapacidad de una persona se podrá acreditar bien mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente, o bien, a través de una resolución judicial firme.

Pero, ¿a qué resolución judicial firme se refiere? Entiendo que a la sentencia judicial de incapacitación, asimilándose ésta con la resolución administrativa que acredita el grado de discapacidad, lo cual supondría igualmente la aplicación a favor de las personas incapacitadas de todas las medidas protectoras que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad.

Lo cierto es que el Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁴⁶, regula no sólo el procedimiento que es preciso seguir para que se reconozca el grado de discapacidad de una persona, sino también los órganos competentes para su reconocimiento, y establece que las resoluciones en las que se reconozca, o no, el grado de discapacidad podrán ser recurridas, primero en vía administrativa, y, posteriormente, en vía judicial, si bien la jurisdicción competente para recurrir dicha resolución es la social⁴⁷, a diferencia de la jurisdicción a la que se acude para incapacitar a una persona, que es la civil.

Y es, precisamente, ahí, en la falta de concreción del legislador de la LPPD a la hora de establecer el orden jurisdiccional social como única vía judicial posible para recurrir la acreditación de la discapacidad de una persona, donde me apoyo para razonar que mediante la redacción del artículo 2.3 de la LPPD, el legislador realmente permite acreditar la discapacidad a través de la sentencia de incapacitación (resolución judicial civil).

⁴⁵ Establece el artículo 2.3 de la LPPD que «personas con discapacidad son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento, grado de minusvalía que se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

⁴⁶ El citado Real Decreto vio modificada la última palabra de su título, «minusvalía», introduciéndose la que hoy aparece, «discapacidad», mediante el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

⁴⁷ Establece el art. 12 del RD 1971/1999: «contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el art. 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril».

3) Dicho lo cual he de afirmar que en mi opinión, el motivo más contundente para equiparar la persona incapacitada judicialmente con una persona con discapacidad frente a la LPPD es que así se ha producido ya en alguna norma, como sucede en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas, donde se recoge, en un primer momento en su artículo 53, que «se consideran discapacitados a aquellas personas que padezcan un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento y psíquica igual o superior al 33 por ciento, así como personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado»; para acabar exponiendo, en su artículo 60.3, que considera «acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente aunque no alcance dicho grado».

Por tanto, si se equipara a la persona incapacitada judicialmente con la persona con discapacidad en cuanto a las posibles ventajas que ofrece la Ley del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas, ¿cómo no han de entenderse equiparadas en la LPPD, en la que se contienen normas de protección patrimonial mucho más importantes para las personas con discapacidad-incapacitadas?

4) Otro de los motivos que argumento para defender mi postura es la corriente doctrinal existente al respecto, ya que la gran mayoría de los autores se posicionan en la misma línea. Así, por ejemplo, Vivas Tesón⁴⁸, cuando razona que «otra opción podría ser considerar innecesario que la persona incapacitada judicialmente deba tramitar la obtención de su certificado de discapacidad al reconocérsele ésta automáticamente. (...) Así las cosas, creemos que el legislador debería recoger expresamente, a los efectos del Derecho civil, la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad»; o Díaz Alabart⁴⁹, al indicar que «no presenta ningún problema que a los incapacitados judicialmente se les considere ‘discapacitados’ en el sentido de la LPPD (...). A pesar de dicho silencio, como ya hemos señalado con anterioridad, todo incapacitado es un discapacitado, (pero no viceversa), por lo que podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga esta Ley». también Núñez Núñez⁵⁰, cuando considera que «en la práctica, todos los judicialmente incapacitados son discapacitados psíqui-

⁴⁸ VIVAS TESÓN, La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 55.

⁴⁹ DÍAZ ALABART, La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), Editorial Ibermutuamur, Madrid, 2004, p. 15.

⁵⁰ NÚÑEZ NÚÑEZ, «Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a favor de las personas discapacitadas», en La Encrucijada de la inca-

cos, de manera que muchas veces las dos situaciones van juntas, si bien la Ley 41/2003 contiene normas que se aplican únicamente a uno de los dos supuestos»; así como Martín Meléndez, que indica: «siendo en nuestra opinión difícil que a una persona incapacitada se le niegue la consideración de discapacitada, dado que las causas que impiden el autogobierno a una persona hasta el punto de justificar su incapacitación, deben ser más que suficientes para considerarla discapacitada»; o Serrano García⁵¹, cuando establece que «prácticamente todos los judicialmente incapacitados son discapacitados de manera que muchas veces las dos afectaciones van juntas, y no se entiende bien porque la ley las separa habiendo normas que se aplican a una de ellas y no a la otra»; o, por último, la autora Gil Membrado⁵², que afirma: «...qué sucede con el incapacitado judicialmente que no ha sido declarado discapacitado por la correspondiente resolución administrativa. Consideramos que de facto la incapacidad judicialmente declarada conlleva en todo caso, aunque no de modo automático, una situación que coloca al incapaz en una situación de discapacitado si no de derecho, sí de hecho. Consideramos que no cabe sino extender los beneficios que la Ley prevé para el discapacitado al incapaz judicialmente declarado. No puede ser de otro modo si atendemos a que en el espíritu de la Ley está proteger a este colectivo desfavorecido (...). En definitiva, no sería justo y, por lo tanto, sería contrario al espíritu de la Ley que las ventajas contempladas por ésta no se extendieran a las personas en las que claramente, por el hecho de haber sido incapacitadas, concurren causas sobradas para incurrir en los grados de discapacidad establecidos por la Ley 41/2003, aunque no hayan sido declaradas como tales».

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de marzo de 2005⁵³ equipara ambas figuras al establecer que «sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de éste, puesto que, en suma, estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley

pacitación y la discapacidad, José Pérez de Vargas Muñoz (director) y Montserrat Pereña Vicente (coordinadora), La Ley, Madrid, 2011, p. 963.

⁵¹ SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, p. 112.

⁵² GIL MEMBRADO, «Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 107.

⁵³ JUR 2005, 144287.

41/2003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas».

5) El último de los motivos que traigo a colación para defender mi postura es que la falta de equiparación entre incapacitados y personas con discapacidad como beneficiarios de las normas de protección introducidas en la LPPD, podría derivar situaciones tan injustas como las siguientes:

a) Que los incapacitados que no tengan reconocido administrativamente su grado de discapacidad no puedan beneficiarse de la constitución a su favor de un patrimonio protegido que, en cambio, sí se puede constituir a favor de las personas con discapacidad⁵⁴ (arts. del 1 al 8 de la propia LPPD). ¿Tendría esto algún sentido?

b) La LPPD incluye en nuestro Ordenamiento una nueva causa de indignidad sucesoria, mediante la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida, tal y como recoge en su artículo 10⁵⁵.

Pero, entonces, ¿qué ocurriría cuando la persona que necesite las atenciones durante su vida sea una persona incapacitada judicialmente? ¿Podrían heredar a ésta los parientes que le hayan negado en vida las atenciones que necesitase?

Por pura lógica considero que no. Y es que, aunque el artículo 10 de la LPPD únicamente contemple como posibles beneficiarios a las personas con discapacidad, no ocurre lo mismo en su Exposición de Motivos, donde en su apartado VII establece que «se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida...». Por tanto, no especifica que se

⁵⁴ Estipula, en primer lugar, la Exposición de Motivos de la LPPD, en su apartado III que: «esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro Ordenamiento jurídico...». En el mismo sentido, recoge el artículo 3.1.b) que «podrán constituir un patrimonio protegido: Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente».

Entendemos que, al nombrar a los tutores o curadores de las personas que no tengan capacidad de obrar suficiente, se está refiriendo a personas que hayan sido judicialmente incapacitadas, ya que es ésta la única forma legal de que se nombre un tutor o curador a favor de la persona que lo necesita.

⁵⁵ Mientras que en el artículo 10.1 de la LPPD sí se concretiza que «tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado...».

trate de una persona con discapacidad, sino que habla del causante, por lo que podría entenderse que lo fuera bien la persona con discapacidad o bien la persona incapacitada judicialmente.

c) Igualmente, tras la publicación de la LPPD no quedarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art. 1.041.2.º C.c.). Pero, ¿qué pasará con los gastos realizados a favor del hijo incapacitado judicialmente por sus padres y ascendientes? ¿Tendría sentido que éstos, en cambio, sí quedasen sujetos a colación?

d) Como último ejemplo de lo absurdo que puede suponer la falta de equiparación de las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente como beneficiarios en cuanto a las medidas de protección patrimonial introducidas por la LPPD, me refiero a la donación o el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, sin que se compute para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá, por ministerio de la ley, en las mismas condiciones al legitimario con discapacidad que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten (art. 822 C.c.).

De ahí que me plantee, ¿tendría alguna lógica que el derecho al que se refieren los dos párrafos anteriores no se pueda aplicar igualmente a las personas incapacitadas judicialmente?

3.2 IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Llegados a este punto toca cuestionarse: y la sustitución fideicomisaria especial que en base a la LPPD el testador podrá establecer únicamente a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, ¿podrá constituirla, igualmente, a favor de los hijos o descendientes que tengan reconocido el grado de discapacidad que exige la ley para ser beneficiarios de sus medidas de protección patrimonial?

A esta pregunta entiendo que sólo existe una respuesta posible: No.

Y es que el contenido de la ley es muy tajante al respecto, ya que contempla, como únicos beneficiarios a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, lo cual nos lleva a entender que las personas sobre las que no haya recaído sentencia de incapacitación⁵⁶ no podrán ser jamás beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial, con independencia de que ostenten o no el grado de discapacidad exigido en la LPPD para poder ser beneficiario del resto de medidas de protección introducidas por la norma.

En la misma línea, se posicionan autores como Ruiz-Rico Ruiz Morón⁵⁷, quien entiende que «mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa»; o Díaz Alabart⁵⁸, cuando argumenta: «es más, de la Exposición de Motivos de esta norma parece deducirse que el concepto de discapacitado pretende dejarse al margen de la incapacitación, como si ambas regulaciones transcurriesen absolutamente paralelas, lo cual es de todo punto imposible, puesto que los incapaces desde el punto de vista jurídico necesariamente deben ser considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces, porque aquél es un concepto más amplio que éste»; o, también, Nanclares Valle⁵⁹, al exponer que «la exclusión de los discapacitados no incapacitados del círculo de posibles fiduciarios de la sustitución fideicomisaria es clara, especialmente si tenemos en cuenta que la Ley 41/2003 añade al Código civil una Disposición Adicional Cuarta en la que se precisa que la referencia a las personas con discapacidad hecha en los artículos 756, 822 y 1.041 se entenderá hecha al concepto definido por la citada ley en su artículo 2.2».

Otro de los argumentos que sirven de apoyo a mi teoría es el borrador de la Fundación Aequitas⁶⁰ previo a la LPPD, donde el Notariado Español apoyaba la posibilidad de que la figura especial pudiese establecerse a favor de todas las personas con discapacidad, a lo cual se opuso el legislador al fijar finalmente como únicos beneficiarios a aquéllos que cumplan con los requisitos del artículo 200 del C.c., y a favor de los cuales el juez haya dictado una sentencia de incapacitación, por lo que no existen dudas de que la única intención del legislador de 2003 fue la imposibilidad de esta-

⁵⁶ Ya sea parcial (curador), total (tutor), o incluso mediante la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

⁵⁷ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.* p. 359.

⁵⁸ DÍAZ ALABART, «Principios de protección...», cit., p. 99.

⁵⁹ NANCLARES VALLE, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, p. 132.

⁶⁰ Borrador de 18 de noviembre de 2002.

blecer como fiduciario de la figura que venimos estudiando a la persona con discapacidad.

¿Y cuál puede ser el motivo por el que el legislador ha querido limitar la sustitución fideicomisaria especial, exclusivamente, a favor de los incapacitados judicialmente?

Dado que nada expresó al respecto, se pueden encontrar diferentes posicionamientos doctrinales. Así, algunos autores consideran la limitación del legislador de la figura especial a favor de los incapacitados judicialmente como una medida para fomentar que las familias se decidan a incapacitar a aquellas personas que lo necesiten y aún no lo hayan hecho. Es decir, que ven en la sustitución fideicomisaria especial una medida del legislador del 2003 para estimular o incentivar la incapacitación judicial.

Espejo Lerdo de Tejada⁶¹ es uno de estos autores, ya que considera que «teniendo en cuenta que la pérdida de autogobierno podría ser notoria y aceptada por todos, o constar de otro modo diferente, habría que concluir que la norma persigue la finalidad de “fomentar la incapacitación”».

Por su parte, Ruiz-Rico Ruiz Morón⁶², expone que «seguramente, puesto que es una medida excepcional, el legislador haya querido introducir la posibilidad de gravar la legítima sólo cuando quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma. Por otro lado, cabe pensar también que ésta es una forma de fomentar la incapacitación; no hay que olvidar que es una medida de protección».

O también Ripoll Soler⁶³, quien afirma: «me inclino a pensar que el gravamen legitimario lo que trata también, desde un punto de vista de política legislativa, es de incentivar la incapacitación judicial, que, por otro lado, tarde o temprano, tendrá que llegar, pues el hijo incapaz bajo el cobijo de los padres, irremisiblemente se convierte en actor jurídico para heredar a éstos».

En mi opinión, aunque el fomento de la incapacitación podría ser perfectamente el motivo por el que el legislador limitó a favor de los incapacitados judicialmente la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD, consideramos que más que éste, la verdadera razón fue la que explica Martín Meléndez⁶⁴ cuando argumenta que «el motivo por el que la Ley 41/2003 ha optado por

⁶¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Artículo 808», en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011, p. 795.

⁶² RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, p. 363, nota 7.

⁶³ RIPOLL SOLER, «La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C. C.: Fideicomiso de Residuo», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, N.º 114, 2005, p. 826.

⁶⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados, es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos arts. 782, 808 y 813 C.c., puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (...), y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometida a tutela o curatela), que aquélla que, simplemente, ha sido declarada discapacitada».

En la misma línea, Pereña Vicente⁶⁵ cuenta que «no hay que olvidar que el artículo 813 del CC consagra como regla general que la legítima no podrá ser gravada, por lo que esta posibilidad es una excepción a la misma y, como tal deberá ser objeto de interpretación restrictiva».

También Gómez-Riesco Tabernero de Paz⁶⁶ considera que «tal vez sea más correcto entender que nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador se muestra más garantista: puesto que supone una excepción a la intangibilidad de la legítima que produce como resultado la afectación de derechos de terceros (pues priva provisionalmente a los legitimarios de lo que les corresponde por legítima estricta en la sucesión del difunto), se considera indispensable la intervención judicial, sin que baste el control meramente administrativo ligado a la discapacidad».

Personalmente me adhiero a dicha postura, ya que, de poder beneficiarse cualquier persona con discapacidad de esta medida de protección que introduce la LPPD a favor de los incapacitados judicialmente, estaríamos admitiendo la posibilidad de que personas con alguna discapacidad física o sensorial del 65% (por ejemplo, una persona con una movilidad reducida, o una persona con una discapacidad visual o auditiva de dicho porcentaje, etc.) o psíquica del 33% (como puede ser, por ejemplo, una persona que necesite simplemente el apoyo de un curador para medicarse), podría verse favorecida por una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual, ateniéndonos a las consecuencias jurídicas que dicha institución depara (privar al resto de

⁶⁵ PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, N.º 15, Septiembre 2004, p. 1763.

⁶⁶ GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad», Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas.

herederos forzosos de su legítima estricta, como mínimo, temporalmente), entendemos no procede en los supuestos de personas con discapacidad, sino única y exclusivamente, en aquellas personas que sufran una enfermedad tan importante, ya sea física o mental, que conlleve su incapacitación civil.

Una vez remarcada la imposibilidad de considerar a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial por quedar ésta reservada exclusivamente a las personas incapacitadas judicialmente, debemos reconocer que no son pocos los autores que, en mi opinión, incurren en la imprecisión de convertir precisamente a las personas con discapacidad en posibles beneficiarios de la institución especial introducida por la LPPD, error que puede llevar a una gran confusión en los lectores, no siempre, sobre todo en esta materia, operadores jurídicos.

Eso sí, al fijarnos en los autores que incurren en dicha imprecisión, rápidamente llegamos a la conclusión de que nos encontramos ante un *lapsus calami* de los mismos.

Por ejemplo, Gómez Gállico redacta un Estudio⁶⁷ y un capítulo de Libro⁶⁸ sobre el tema con el siguiente título: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor de los discapacitados». A continuación, en el contenido de los trabajos sigue manifestando⁶⁹: «esta reforma permite que los padres o abuelos puedan dejar a su hijo o nieto discapacitado la totalidad de la herencia (...). La regulación legal a favor de esta especial sustitución fideicomisaria a favor de los discapacitados está recogida...»; y en otro apartado comenta⁷⁰: «no cabe confundir los bienes y derechos adjudicados al hijo o descendiente judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario...».

En la misma línea Seda Herмосín⁷¹ cuenta: «O sea, que, como puedo gravar el tercio de libre disposición, el de mejora y ahora también el de legítima estricta teniendo hijos o descendientes discapacitados, permite el legislador que yo, testador, pueda nombrar a mi hijo discapacitado heredero temporal de todos mis bienes, de

⁶⁷ GÓMEZ GÁLIGO, «La sustitución fideicomisaria...», cit., p. 11.

⁶⁸ GÓMEZ GÁLIGO, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, de la Escola Galega de Administración Pública, Bello Janeiro (coordinador), Editorial EGAP, Compostela, 2004, pp. 143 y ss.

⁶⁹ GÓMEZ GÁLIGO, en ambas obras se refiere al «incapacitado judicialmente» como discapacitado hasta en nueve ocasiones.

⁷⁰ GÓMEZ GÁLIGO, «La sustitución fideicomisaria...», p. 26.

⁷¹ SEDA HERMOSÍN, «El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XVI, Editorial Comares, Sevilla, 2004, p. 14.

los cuales no podrá disponer, con indicación de que a su fallecimiento, pasarán tales bienes a sus hermanos co-legitimarios».

Por su parte, Martínez Martínez⁷² también usa el término «discapacitado» en lugar del de incapacitado cuando indica que: «bienes que son adquiridos por el judicialmente discapacitado en calidad de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos que tienen el carácter de fideicomisarios».

Lo mismo le ocurre a la autora Paniza Fullana⁷³ al exponer que «aunque de entrada la sustitución fideicomisaria pudiera parecer una figura antigua y carente de relevancia actual, ha sido la institución empleada para proteger a los discapacitados, lo que nos lleva a hablar de una renovada actualidad. Es lo que ha ocurrido con la Ley 41/2003...». Y lo reitera⁷⁴ cuando al hablar de la similitud existente entre usufructo y sustitución fideicomisaria afirma que «ahora ha sido la Ley 41/2003 la que ha utilizado la sustitución fideicomisaria para proteger a los discapacitados».

Lo cierto es que esta confusión terminológica no debería tener gran importancia desde el punto de vista práctico en los supuestos en los que el causante decida hacer testamento notarial, dado que la intención del causante confundido que intentase establecer una sustitución fideicomisaria especial a favor de su hijo o nieto con discapacidad durará como máximo hasta que acuda al notario a hacer testamento, momento en el cual, éste le explicará la imposibilidad de sus deseos porque tan sólo se puede instituir fiduciario especial a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y no a aquéllos que tengan reconocida administrativa o judicialmente alguna discapacidad (a excepción, claro está, de los que junto al reconocimiento administrativo de discapacidad cuentan también con la sentencia judicial de incapacitación).

Sin embargo, la referida confusión sí que podría conllevar consecuencias importantes en los casos en los que el testador decida redactar testamento ológrafo, y en base a lo que ha leído o le hayan podido informar, establece en su testamento manuscrito una sustitución fideicomisaria especial, instituyendo como fiduciario al hijo o nieto con discapacidad. En tal caso, considero que cabría la nulidad del testamento, o dicho con otras palabras, procedería la apertura de la sucesión intestada, dejándose de cumplir con ello la verdadera voluntad del testador.

⁷² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p. 907.

⁷³ PANIZA FULLANA, *Usufructo y Fideicomiso: Estatuto de concurrencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 22.

⁷⁴ PANIZA FULLANA, *Op. cit.*, p. 83.

4. LA CURATELA COMO EJE CENTRAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR TRAS LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tal y como acabo de exponer en el epígrafe anterior, no cabe ninguna duda de que la sustitución fideicomisaria especial única y exclusivamente podrá servir de medida de protección patrimonial a las personas incapacitadas judicialmente, y nunca a las personas con discapacidad.

Pero precisamente dicha afirmación engloba un problema jurídico de gran envergadura en nuestro ordenamiento. Y es que, llegados a este punto debemos preguntarnos: dentro de las personas incapacitadas judicialmente, ¿podrá establecerse entonces la sustitución fideicomisaria especial a favor de cualquiera de ellas con independencia de la medida de guarda que se le haya designado en la sentencia de incapacitación? O dicho de otra forma, podrá establecerse la institución especial a favor de las personas tuteladas o curateladas indistintamente ya que todas ellas, junto a aquellas a las que se les ha nombrado un guardador de hecho, son personas incapacitadas judicialmente? La respuesta dada la redacción actual de la LPPD parece clara: SÍ.

Es decir, que tras la reforma introducida en el C.c. por el legislador de la LPPD, en nuestro Ordenamiento jurídico, cualquier persona incapacitada judicialmente, da igual que sea tutelada o curatelada⁷⁵, podrá beneficiarse de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta de la herencia, siempre y cuando así lo establezca el testador

Así también lo entiende Rivas Martínez⁷⁶, cuando cuenta que «nuestro C.c. exige, para la existencia del fideicomiso que haya recaído sentencia firme que establezca la incapacitación con independencia de que sea total o parcial y que origine la constitución de una tutela o una curatela, pues en cualquier de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que impone el artículo 808.3».

⁷⁵ El estudio del resto de medidas de guarda que componen el procedimiento de incapacitación no nos interesa, ya que, mientras que la patria potestad prorrogada o rehabilitada sirve para designar un tutor o curador al hijo menor o mayor de edad que vive con sus padres y ha sido incapacitado, el defensor judicial se designa para los supuestos en los que exista conflicto de intereses entre el tutor o curador, y la persona incapacitada.

Por ello, consideramos que lo verdaderamente importante es determinar a qué tipo de personas puede beneficiarse mediante la sustitución fideicomisaria especial, si a las que son tuteladas o curateladas.

⁷⁶ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., p. 1.475.

También Ruiz-Rico Ruiz-Morón⁷⁷ expone que «conforme al nuevo texto legal, presupuesto necesario para establecer sustituciones fideicomisarias que graven la legítima estricta es la existencia de algún hijo o descendiente incapacitado judicialmente, sin importar, puesto que el texto legal no distingue, el régimen de tutela o guarda al que haya quedado sometido».

Mientras que García Garnica⁷⁸, afirma: «dado que la norma no exige que la incapacitación haya sido plena, cabe entender que bastará que se haya declarado su incapacidad relativa».

Aunque el que más directamente aborda el tema es Puig Ferriol⁷⁹, cuando indica que «presupuesta la declaración judicial de incapacidad por carecer el interesado de la capacidad de autogobierno, se previene en el artículo 760.1 de la Ley de enjuiciamiento civil que ‘La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...’. La cuestión que aquí puede plantearse es si la posibilidad de ordenar la sustitución fideicomisaria que prevé el artículo 808, III C.c. es viable ante cualquier declaración judicial de incapacidad del hijo o descendiente, pues de acuerdo con el mentado precepto la incapacitación no es uniforme, toda vez que se impone la graduación de la misma con base a los criterios de capacidad natural y protección del incapacitado, que pueden oscilar entre una incapacitación prácticamente total a otra que afecte únicamente a determinados actos del incapacitado. Lo cierto es que el artículo 808, II C.c. nada previene al respecto, pues sólo exige que haya caído sentencia que establezca la incapacitación, con independencia de que sea total o parcial y con independencia también, de que la incapacitación origine la constitución de una tutela o de una curatela; pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que exige el artículo 808, III C.c.».

Desde este momento anuncio que en mi opinión desde un punto de vista jurídico-práctico el error más importante del legislador de 2003 fue precisamente no haber fijado si la sustitución fideicomisaria especial puede establecerse a favor de los tutelados, de los curatelados, o de cualquiera de ellos indistintamente.

O dicho de otra forma, dentro de la deficiencia técnica-jurídica otorgada a la LPPD, seguramente la de mayores consecuencias fue

⁷⁷ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Op. cit.*, p. 362.

⁷⁸ GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su sustitución jurídica», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Gete Alonso y Calera (directora), Editorial Cívitas, 2013, p. 272.

⁷⁹ PUIG FERRIOL, «Protección del...», *cit.*, p. 295.

exigir simplemente la condición de incapacitado para ostentar la condición de posible beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial, ya que con ello se deja abierta la puerta a la posibilidad de que nos encontremos no sólo con tutelados como fiduciarios especiales, sino también con curatelados.

¿El motivo de no haber fijado el límite de la institución dentro de las diversas medidas de guarda que existen dentro de nuestro procedimiento de incapacitación actual? Seguramente el hecho de que desde la publicación del C.c., en España hablar de incapacitación era hablar del nombramiento de un tutor a favor de una persona necesitada de protección, ostentando desde siempre la curatela un carácter totalmente residual, por lo que el legislador de la LPPD, al fijar en 2003 como posibles beneficiarios de la institución especial a los incapacitados judicialmente, hacía referencia «casi por defecto» a los tutelados como posibles beneficiarios.

Sin embargo, a partir de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuya entrada en vigor en España se produjo en mayo de 2008, el orden de preferencia de la tutela y de la curatela en nuestro país como institución de guarda preferida por nuestros Tribunales cambió radicalmente.

Tanto es así, que hoy en día es una realidad la apuesta decidida de nuestro Tribunal Supremo a la hora de establecer la curatela en vez de la tutela como institución de guarda a favor de los incapacitados.

O lo que es lo mismo, a diferencia de lo que primaba en nuestro Ordenamiento jurídico desde 1889, a partir de la entrada en vigor de la Convención, en España la tutela ha dejado de usarse «casi por defecto» a favor de las personas incapacitadas, y ha sido sustituida por la curatela, la cual, hasta entonces, apenas se usaba.

El hecho de que la institución de guarda de los incapacitados que actualmente rige en nuestro Ordenamiento jurídico sea la curatela, supone que cualquier incapacitado curatelado (personas alcohólicas, drogadictas, pródigos...) puede ser instituido fiduciario de la sustitución fideicomisario especial, ya que reúne el requisito imprescindible de la institución, que no es otro que ostentar la condición de incapacitado, independientemente de que sea una incapacitación total o parcial, de ahí que dicha condición la ostente el curatelado.

Pero, ¿realmente somos conscientes del alcance de tal afirmación respecto al resto de herederos forzosos?

Tal situación, y el alcance de sus efectos jurídicos, son merecedores de que en los siguientes apartados nos centremos en el estudio de por qué hoy en día los jueces españoles instituyen principalmente curatelas a favor de las personas incapacitadas judicialmente,

adquiriendo la tutela un carácter totalmente residual, cuando en 2003, año de promulgación de la LPPD, era justo al contrario.

Vayamos por partes.

Con posterioridad a la ley 41/2003, el 23 de noviembre de 2007 fue ratificada por España la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

De las diferentes medidas a las que obliga la ONU a los Estados Parte destaca una: la adaptación del artículo 12⁸⁰ de la Convención para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, es decir, se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten, sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad de obrar.

Así, recoge el apartado 2 del artículo 12 que «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», y continúa estableciendo en el siguiente apartado que «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

En mi opinión, lo que se pretende desde la ONU con el contenido de dicho artículo es que dejemos de preguntarnos hasta qué grado se ha de modificar la capacidad de obrar de la persona que lo necesite, y empecemos a cuestionarnos qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa misma persona para desarrollar su vida con total normalidad. Por ello, considero que el artículo 12 es, sin duda, el más importante de la Convención, ya que exige a los Estados Parte que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir,

⁸⁰ Dispone el artículo 12 de la Convención: «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica;

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida;

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica;

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (...);

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

que puedan adoptar libremente todo tipo de decisiones en cualquier ámbito de su vida, siendo apoyados en aquellos casos en que lo necesiten.

Dentro de las instituciones de guarda recogidas, hoy en día, en nuestro C.c., no hay duda de que tras la Convención, será la curatela el eje central del futuro procedimiento de incapacitación. De hecho ya lo viene siendo.

Cuando me refiero a la curatela hago referencia a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente, y nunca las personas que necesitan ser asistidas totalmente.

Sancho Rebudilla⁸¹ define la curatela como «un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo».

4.1 RAZONES QUE LLEVAN A APOSTAR POR LA CURATELA COMO MEDIO IDÓNEO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN A NUESTRO SISTEMA

A continuación, pasamos a enumerar cuáles son las razones por las que considero a la curatela como el medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema, sin entender, por tanto, necesario para la eficiente adaptación de la Convención a nuestro Ordenamiento, la sustitución del actual procedimiento de modificación de la capacidad de las personas, por otro diferente que se base en el apoyo o asistencia a las personas con discapacidad tal y como se viene abogando desde diversos sectores de nuestra sociedad como veremos a continuación.

4.1.a) *Posibilidad de aplicar la curatela tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial de las personas necesitadas de protección*

Desde los sectores de la sociedad que desechan la opción de la curatela como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención, esgrimen como uno de sus argumentos para oponerse a ello, que la curatela únicamente puede establecerse en el ámbito

⁸¹ SANCHO REBUDILLA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984, p. 62.

patrimonial de las personas, y nunca en el personal, siendo este último precisamente el ámbito que intenta proteger el artículo 12 de la Convención.

Así, coincidiendo con las posiciones del CERMI⁸² o de la Fundación Aequitas, el Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, indicó que «además, la praxis judicial, en lugar de establecer la limitación de la capacidad, como exige la ley, sólo en la medida que sea necesaria para proteger los intereses de la persona y atendiendo a sus circunstancias y necesidades concretas, se ha limitado a crear dos grados de incapacitación: 1) la incapacidad absoluta o total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, supone por regla general que éste queda privado de su «capacidad de obrar» tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, pudiendo quedar impedido incluso para ejercitar sus derechos fundamentales y adoptar decisiones en ese ámbito, y 2) el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador deberá asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial».

Termina exponiendo el Informe, acto seguido que «como se ha señalado antes, habitualmente se entiende que el curador asiste al incapacitado exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial. Su aplicación a aquellas decisiones que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales puede estar enfrentada a la Convención por lo que en este ámbito deberían articularse otras medidas de apoyo y asistencia».

Entre los autores que se expresan en el mismo sentido, destaca Lete del Río⁸³, que expone que la curatela «es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la Ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial»; o, Guilarte Martín-Calero⁸⁴ cuando define a la curatela como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia»; o, por último, Vivas

⁸² Comité Español de Representación de las Personas con Discapacidad.

⁸³ LETE DEL RÍO, «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los arts. 286 a 298 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo (director), Tomo IV, Editorial Edersa, Madrid, 1985, p. 238.

⁸⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 113.

Tesón⁸⁵, que también considera que «a mayor abundamiento, el curador no tiene deberes de cuidado personal del curatelado, sino sólo funciones de asistencia en el cumplimiento de actos patrimoniales de extraordinaria administración».

Pero, me pregunto, ¿en base a qué argumentos se alcanzan dichas conclusiones?

El alcance exacto del ámbito al que puede aplicarse la curatela, sólo al patrimonial o también al personal, es un tema de gran importancia, ya que de ello dependerá la posibilidad o no de apostar por el actual sistema de incapacitación como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

Por mi parte, y aun admitiendo que existen algunos casos de curatela en los que la institución únicamente alcanza al ámbito patrimonial del curatelado⁸⁶, considero que no existe ninguna norma que, de forma expresa, excluya del alcance de la curatela el ámbito personal del curatelado.

En este mismo sentido, en el de considerar que la curatela no sólo alcanza el ámbito patrimonial de la persona sino que también puede establecerse para su ámbito personal, se posiciona García Cantero⁸⁷ cuando manifiesta que «la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera personal»; o, la autora Gete Alonso y Calera⁸⁸, que indica: «aunque lo normal es que el curador sólo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal»; Cerrada Moreno⁸⁹, por su parte, argumenta que «la curatela puede también referirse al ámbito estrictamente personal, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico»; o, por último, Majada Planalles⁹⁰ cuenta que: «Por nuestra parte, insistimos en la postura expuesta y creemos que en la curatela de los incapacitados no parece recomendable propugnar tan tajante deslinde entre la esfera patrimonial y la persona del curatelado».

Personalmente considero que de la interpretación literal del artículo 215 del C.c. también se debe alcanzar tal conclusión, ya

⁸⁵ VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español*, Futuex, Badajoz, 2012, p. 26.

⁸⁶ Como son los supuestos de la curatela a la que pueden someterse los emancipados cuyos padres quedaren impedidos o fallecieren, o los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad, o los declarados pródigos

⁸⁷ GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, Nº. 9, 1984, p. 787.

⁸⁸ GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992, p. 244.

⁸⁹ CERRADA MORENO, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 264.

⁹⁰ MAJADA PLANALLES, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, p. 150.

que el citado precepto expone: «la guarda y protección de las personas y bienes o solamente de las personas o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela y 3.º El defensor judicial».

Ateniéndonos exclusivamente a las palabras que hemos marcado en negrita, se desprende de dicho artículo que la guarda y protección de las personas incapacitadas se realizará mediante la curatela.

Igualmente, el artículo 289 del C.c. establece que «la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido».

Entonces, ¿qué obliga a los jueces españoles a fijar el ámbito de actuación de la curatela únicamente a la esfera patrimonial de las personas que necesiten dicha figura como medida de apoyo o asistencia?

La respuesta para mí está clara, nada. Es decir, que el legislador fijó como ámbito de aplicación de la curatela los «actos» que el juez estimase necesario en sentido general, por lo que no se ciñe, concretamente, ni a los actos referidos al ámbito personal del incapacitado, ni a los del ámbito patrimonial, sino a actos en sentido general, dependiendo, por tanto, únicamente del juez el tipo de apoyo o asistencia, y el ámbito de la misma, que deberá fijar a favor de una persona en base a sus necesidades

El último artículo del C.c. que uso para defender mi argumento es el 290, el cual dispone que «si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial».

¿Y cuáles son los actos para los que los tutores, y curadores en base al artículo 290, necesitan autorización judicial? Pues concretamente los que recoge el artículo 271⁹¹ del C.c., entre los cuales se engloban algunos actos que afectan al ámbito personal, como

⁹¹ Recoge el artículo 271 del C.c. que el tutor necesita autorización judicial para llevar a cabo los siguientes actos:

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

puede ser, por ejemplo, apoyar al curatelado a la hora de decidir si le conviene internarse en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; renunciar derechos, entablar demandas, etc.

Aunque si por algo considero que, en la actualidad, no existe duda en cuanto a la posibilidad de fijar la curatela en el ámbito personal de quien lo necesite, es por la postura jurisprudencial existente al respecto.

En efecto, la posición de nuestro Tribunal Supremo es unánime en dicho sentido como se acredita, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho Segundo, punto 5.º, de la Sentencia de 24 de junio de 2013⁹², cuando expone que «en la esfera personal requerirá la asistencia del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio...».

Aún de forma más clara se presenta la Sentencia de 1 de julio de 2014⁹³, cuando establece: «En el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 C.c., podrían atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado carece de conciencia de enfermedad».

4.2. LA APUESTA DECIDIDA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR LA CURATELA FRENTE A LA TUTELA

La sentencia más importante (debido a su interés casacional) para defender la apuesta de los Tribunales españoles por la curatela en vez de la tutela como medio de protección ideal para las personas que lo necesiten es la sentencia del 24 de junio de 2013⁹⁴, en la que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una persona por aquel entonces incapacitada, junto al Ministe-

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

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

⁹² RJ 2013, 3948.

⁹³ RJ 2014, 4518.

⁹⁴ RJ 2013, 3948.

rio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y límites de la incapacidad judicialmente declarada en la primera instancia, sustituyendo el nombramiento de un tutor a favor de la persona incapacitada por el de un curador.

Concretamente, la sentencia refleja la elección de la curatela como medio de protección ideal tanto en el ámbito patrimonial como en el personal de la persona con discapacidad, en este caso, psíquica.

Nuestro Alto Tribunal sigue pronunciándose en la misma línea, y así lo demuestra en su Sentencia de 20 de octubre de 2014⁹⁵, en la cual, casando también la de la Audiencia Provincial, declaró al demandante parcialmente incapaz alegando que, pese a tener una deficiencia visual y una inteligencia denominada «borderline», no tiene totalmente anulada su capacidad, por lo que sólo precisa un apoyo para la toma de decisiones, rechazando, con ello, la medida de rehabilitación de la patria potestad establecida por la sentencia recurrida en casación.

Las sentencias del Tribunal Supremo que hemos venido mencionando a lo largo del presente apartado han fijado la línea a seguir por el resto de tribunales, como lo acredita el hecho de que, hasta el momento, se hayan dictado más de trescientas sentencias de Audiencias Provinciales⁹⁶ en términos casi idénticos a los del Supremo, en el sentido de establecer un curador como medio de protección idóneo a favor de la persona con discapacidad, en vez de un tutor, tal y como se venía adoptando, hasta entonces, como ya hemos dicho, casi por defecto.

En la gran mayoría de dichas sentencias sucede que en Primera Instancia se establece un tutor a favor de la persona con discapacidad, siendo, sin embargo, revocada esta decisión por la Audiencia al considerarse que, en base al espíritu de la Convención, y al posicionamiento del Supremo al respecto, el medio ideal de protección para la persona con discapacidad era el nombramiento de un curador, y no el de un tutor.

Así, por ejemplo, se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Barcelona de 29 de octubre

⁹⁵ RJ 2014, 5610.

⁹⁶ Entre otras, las Sentencias de AP de Pontevedra, núm. 362/2014, de 6 noviembre (RJ 2015\56971); SAP de Barcelona, núm. 770/2014, de 19 de noviembre (RJ 2015\42854); SAP de A Coruña, núm. 406/2014, de 25 noviembre (RJ 2015\47013); SAP de Barcelona, núm. 794/2014, de 2 diciembre (RJ 2015\65344); SAP de Asturias, núm. 321/2014, de 9 diciembre (RJ 2015\51974); SAP de León, núm. 272/2014, de 15 de diciembre (RJ 2015\49567); SAP de Barcelona, núm. 851/2014, de 17 diciembre (RJ 2015\63939); SAP de Barcelona, núm. 860/2014, de 18 diciembre (RJ 2015\63695); SAP de Barcelona, núm. 863/2014, de 18 diciembre (JUR 2015\76338); SAP de Tarragona, núm. 2/2015, de 2 de enero (RJ 2015\79509); SAP de Asturias, núm. 20/2015, de 22 enero (RJ 2015\67122); SAP de Huesca, núm. 8/2015, de 29 enero (RJ 2015\71458).

de 2014⁹⁷, en la cual se revoca una sentencia de primera instancia en la que se había establecido un tutor para proteger a una persona con trastorno mental por consumo de alcohol y rasgos inmaduros de personalidad, para acabar nombrándole un tutor, que «la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, para incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar; no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad; de modo que el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial)».

También la Sentencia de 13 noviembre de 2014⁹⁸ de la Audiencia Provincial de Valencia manifiesta que «la curatela es la institución que procede establecer en el presente caso de incapacitación parcial y graduación en sentencia del alcance de la incapacidad, lo que, consecuentemente, determina sus competencias. La curatela no se limita a la esfera patrimonial pues por la vía de lo dispuesto en el art. 289 C.c. (‘tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido’) se puede atribuir al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como la supervisión del sometimiento del incapaz al tratamiento médico, dado que carece de conciencia de enfermedad, y a la atención alimentaria y personal del mismo. A esta idea responde la jurisprudencia del TS, ‘el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en

⁹⁷ JUR 2015, 42135.

⁹⁸ JUR 2015, 72846.

la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial' ».

Por último, la Sentencia de la AP de Álava de 4 de diciembre de 2014⁹⁹, expone que «frente a la sentencia recurrida, que declara la discapacidad de la apelante disponiendo el nombramiento de tutor, se alza la afectada considerando que la prueba no lo justifica, entendiéndose más acorde a sus circunstancias la adopción de un régimen de curatela. (...). En este caso la prueba evidencia que la situación de la Sra. Virginia no obliga a constituir tutela. Todos los testimonios coinciden en que para los actos de su vida cotidiana puede valerse por sí misma, aunque necesite alguna supervisión. (...). Por todo ello la prueba practicada en la vista permite llegar a la conclusión de que efectivamente se debe declarar una discapacidad parcial, conforme al art. 287 C.c., limitada a las cuestiones de índole económica que excedan de los gastos de bolsillo, así como para asegurar el sometimiento al tratamiento médico, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia de instancia respecto de la persona del curador, que será la Fundación Tutelar Beroa...».

4.3 LA PROTECCIÓN DE LOS TUTELADOS, Y NO DE LOS CURATELADOS, COMO VERDADERA FINALIDAD DEL LEGISLADOR DE LA LPPD

Como expusimos al comienzo de este epígrafe cuarto, la idea de hacer hincapié en la preferencia de nuestros Tribunales a la hora de otorgarle carácter residual a la tutela frente a la curatela, tras la exigencia por parte de la Convención de implementar su artículo 12, no es otra que poder afirmar, con rotundidad, llegado este momento, la siguiente conclusión: la sustitución fideicomisaria especial podrá recaer a favor de cualquier hijo o descendiente al que se le haya designado un curador, ya sea para apoyarle en su ámbito personal o en el patrimonial, al reunir éste la condición de incapacitado exigida en la LPPD para ser beneficiario de la institución especial.

A dicha afirmación hay que sumarle que tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico, la curatela tiene carácter preferencial frente a la tutela como institución de guarda que los Tribunales han de adoptar como institución de guarda a favor de las personas necesitadas de protección.

De ahí que resulte necesario resaltar, dado la importancia de dicha situación, que en los próximos años existirán más sustitucio-

⁹⁹ JUR 2015, 62059.

nes fideicomisarias especiales constituidas a favor de personas curateladas que a favor de personas tuteladas, con las consecuencias jurídicas que ello supone.

La primera duda que nos asalta es: ¿realmente la voluntad del legislador de la LPPD fue la de permitir que la cuota de legítima estricta del resto de herederos forzosos del testador quedase gravado a favor de un hijo o descendiente curatelado del testador?

O, planteado de otra manera, ¿tendría sentido que cualquier persona incapacitada a la que se le haya nombrado un curador para que reciba apoyo en ciertos ámbitos de su vida, ya sean del ámbito personal o patrimonial, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta del resto de legitimarios?

De afirmar tal posibilidad se permitiría, por ejemplo, que el tercio de legítima estricta fuera a parar, en forma de sustitución fideicomisaria, a favor de una persona que necesite apoyo del curador a la hora de controlarse la medicación, o a favor de otra que debido a su alcoholismo, le haya sido nombrado un curador para sus actos de disposición patrimonial. ¿Era esta la verdadera intención del legislador español de 2003?

Por nuestra parte, entendemos que en la *mens legislatoris* no se contemplaba la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial fuera a parar al curatelado, sino que, única y exclusivamente, se pretendía proteger con ella a las personas cuyo grado de enfermedad o deficiencia conllevase el nombramiento de un tutor a su favor.

Consideremos casi injustificable el error del legislador del año 2003 de no especificar que dentro de las personas incapacitadas, únicamente podrían beneficiarse de la institución especial los tutelados, porque debido a dicha falta de previsibilidad, hoy en día, la sustitución fideicomisaria especial se puede constituir a favor de los curatelados.

Los motivos en los que nos basamos a la hora de afirmar que la intención del legislador del año 2003 fue la de proteger exclusivamente al tutelado, y no al curatelado, son los siguientes:

1) El primero, el hecho de que en 2003 hablar de incapacitación era hablar de tutela, no contemplándose casi nunca la opción de la curatela dentro del procedimiento de incapacitación.

Tanto es así, que, incluso, han tenido que pasar varios años desde la aprobación de la Convención por España, para que la curatela haya adquirido el carácter preferencial que hoy en día tiene frente a la tutela, ya que no es hasta la Sentencia de 24 de junio de 2013 (como acabamos de exponer), cuando nuestro Alto

Tribunal decide reconocer la necesidad de fijar la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema.

Ni siquiera la importantísima Sentencia de 29 de abril de 2009, que promulgó la perfecta compatibilidad de nuestro procedimiento de incapacitación con lo exigido en la Convención, reparó en establecer como medio de protección a favor de la señora en cuestión la figura de la curatela, sino que continuó apostando por lo que hasta entonces era lo normal, es decir, el nombramiento de un tutor que le sustituyese en todas sus decisiones a la persona incapacitada.

2) La propia LPPD excluía como posibles beneficiarios del patrimonio protegido, a aquellas personas con discapacidad que tuviesen la capacidad de obrar suficiente, al recoger el párrafo tercero de su Exposición de Motivo: «Sin embargo, cuando la personas con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio».

Entonces, si la intención del legislador era que las personas con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, quedasen excluidas de la protección que otorga el patrimonio protegido, ¿qué sentido tendría que, en cambio, sí contemplase la protección de estas mismas personas¹⁰⁰ mediante la sustitución fideicomisaria especial, figura de consecuencias jurídicas mucho más importantes que las del patrimonio protegido?

O dicho de forma más sencilla, si el legislador no pretendía beneficiar a este tipo de personas con la posibilidad de que se constituyese a su favor un patrimonio protegido, tampoco parece que quisiera beneficiarlos con la sustitución fideicomisaria especial, y menos aún si tenemos en cuenta el gravamen que ello supone para el resto de herederos forzosos.

3) El carácter restrictivo del alcance de la institución especial fijado por el legislador desde el principio, nos lleva a suponer que la verdadera intención del legislador era la de proteger mediante la institución especial a los tutelados, y no a los curatelados.

El carácter restrictivo del legislador de la LPPD al que hacemos referencia se acredita con la decisión de éste de establecer como únicos posibles beneficiarios a los hijos o descendientes incapacitados del testador, excluyendo con ello a los padres, ascendientes y cónyuges del causante aún estando igualmente incapacitados, lo cual choca con la lógica, ya que debido a la edad de estos últimos, es mucho más frecuente ver a un padre, ascendiente que haya sido

¹⁰⁰ Los curatelados son personas con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, a las cuales se les nombra un tutor para que les asista o apoye en ciertas actividades de su vida.

incapacitado judicialmente (debido a enfermedades degenerativas, etc.), que a un hijo o descendiente.

Sin embargo, mucho más evidente es la intención restrictiva del legislador del 2003 cuando prohíbe como posibles beneficiarios de la institución especial a los cónyuges incapacitados supervivientes, y es que, tal y como expusimos con anterioridad, los notarios españoles coinciden en que el deseo de la mayoría de los testadores es favorecer en lo máximo posible a los cónyuges supervivientes, y más aún cuando estén incapacitados, pero, sin embargo, no podrán hacerlo, ya que única y exclusivamente la sustitución fideicomisaria especial podrá otorgarse a favor de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y todo ello, debido al carácter restrictivo que el legislador concede a la institución especial.

Por todo ello, y debido a la intención del legislador español de limitar el uso de la figura especial a los márgenes más estrechos posibles, es decir, a los hijos o descendientes, y no a los ascendientes o cónyuge superviviente, consideramos que la verdadera intención de éste era la de favorecer exclusivamente a los hijos o descendientes tutelados, y nunca a los curatelados.

En mi opinión, el legislador actual está obligado a limitar el alcance de la sustitución fideicomisaria especial a favor exclusivamente de las personas tuteladas, excluyendo pro tanto como posibles beneficiarios de la institución a los curatelados, ya que, como he intentado de argumentar a lo largo del presente artículo, la verdadera intención del legislador español de 2003 a través de la LPPD era que esta figura de consecuencias jurídicas tan importantes (permite vulnerar por primera vez el principio sagrado de la intangibilidad de la legítima) pudiese establecerse única y exclusivamente a favor de los tutelados.

5. CONCLUSIONES

Sin ninguna duda, al dirigirnos a la LPPD lo estamos haciendo a una de las normas más importantes de los últimos años en el ámbito Sucesorio del Derecho español. Simplemente basta con apreciar el alcance de las reformas que acabamos de exponer en el presente artículo para respaldar dicha afirmación.

Sin embargo, aún teniendo una finalidad tan loable como es la protección de las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente, la LPPD tiene, como no puede ser de otra forma, una valoración muy negativa por parte de la doctrina española gracias a la nefasta labor del legislador de 2003.

Y es que, atendiendo a la deficiente redacción técnico-jurídica de la norma me veo obligado a preguntarme: ¿acaso no era consciente el legislador de 2003 de la importancia de la LPPD? Y de ser consciente, ¿cómo pudo permitir su actual redacción?

Sólo se me ocurre un motivo para ello: la urgencia del legislador español por publicarla en 2003 por ser el año era el año europeo de las personas con discapacidad.

De hecho, el mismo año, ¡qué casualidad!, se aprobaron en diciembre otras dos leyes a favor de dicho colectivo de personas, concretamente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.

Es decir, que en menos de un mes (del 18 de noviembre al 10 de diciembre de 2003) se promulgaron en España tres leyes a favor de las personas con discapacidad, «curiosamente» todas a final de año, pero, eso sí, el año europeo de las personas con discapacidad.

Por todo ello entiendo que más que de casualidad podríamos hablar de un «desastroso» oportunismo legislativo, el cual llevó aparejado prisas, imprecisiones, etc...

Como muestra, por ejemplo, el propio título de la norma: Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad..., y sin embargo, la medida más importante que introduce en nuestro Derecho Sucesorio, la sustitución fideicomisaria especial, no puede establecerse a favor de las personas con discapacidad, sino única y exclusivamente a favor de las personas incapacitadas judicialmente.

En cuanto al alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria especial en la LPPD, estoy convencido de que la misma desembarcará en una inminente reforma del C.c., ya que el legislador del 2003 no podía imaginarse que tras la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor en España en 2008, el antiguo procedimiento de incapacitación cambiaría radicalmente, pasando a ser la institución protagonista de nuestro ordenamiento la curatela (la cual hasta entonces era casi inexistente), y quedando relegada la tutela a un plano totalmente residual.

Por ello, y dado que la LPPD se limita a establecer como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial a los incapacitados en general (término que incluye a tutelados y curatelados), considero que el legislador de nuestros días limitará el alcance de la institución especial sólo a favor de los tutelados, excluyendo con ello a los curatelados, limitando así el uso de una institución que supone algo tan importante como la vulneración del

principio de la intangibilidad de la legítima estricta en beneficio del hijo o descendiente incapacitado, y en perjuicio del resto de herederos forzosos.

Concluyendo afirmando que lo más negativo de todo esto no es que la capacidad del legislador español quedase en entredicho con la deficiente redacción otorgada a la LPPD, sino que las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente (y, por ende, también sus familias) hayan perdido la oportunidad de contar con una ley que vele por su protección patrimonial de forma mucho más completa desde todos los puntos de vista.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CABELLO DE ALBA JURADO, «La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención», L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia», 2013.
- CERRADA MORENO, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- DE COUTO GÁLVEZ, «Artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Volumen 2.º, Rams Albesa y Moreno Flores (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- DE PABLO CONTRERAS, «La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009», en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- DÍAZ ALABART, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo, 2004.
- En «Principios de protección jurídica del discapacitado», Bello Janeiro (coordinador), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004.
- *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Editorial Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad)», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Artículo 808», en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011.
- FUENTESECA DEGENEFEE, «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, González Porras, J. M./Méndez González, F. P.

- (coords.), T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.
- GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, N.º. 9, 1984
- GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992
- GIL MEMBRADO, «Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2014.
- GÓMEZ GÁLIGO, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 687, enero-febrero.
- *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, de la Escola Galega de Administración Pública, Bello Janeiro (coordinador), Editorial EGAP, Compostela, 2004.
- GONZÁLEZ PORRAS, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas» en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coordinadores), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad», Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997.
- LEÑA FERNÁNDEZ, «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- LETE DEL RÍO, «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los arts. 286 a 298 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo (director), Tomo IV, Editorial Edersa, Madrid, 1985.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- MAJADA PLANALLES, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985.
- NANCLARES VALLE, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, «Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a favor de las personas discapacitadas», en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, José Pérez de Vargas Muñoz (director) y Montserrat Pereña Vicente (coordinadora), La Ley, Madrid, 2011.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario al Código Civil*, Coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000.
- PANIZA FULLANA, *Usufructo y Fideicomiso: Estatuto de concurrencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, N.º 15, septiembre 2004.
- «La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las persona con discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz, J. (coord.), La Ley-Actualidad, 2007.
- PÉREZ HERESA, «Sucesión con discapacitados: una visión práctica», en *Conferencias del curso académico 2010/11, Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXII, Editorial Edersa, Sevilla, 2011.
- PÉREZ JIMÉNEZ, M.^a T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, 21, 2004.
- RAMS ALBESA, «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 723, 2011.
- RIPOLL SOLER, «La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C. C.: Fideicomiso de Residuo», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, N.º 114, 2005,
- RODRÍGUEZ-YNUESTO VALCARCE, «La reforma del art. 831 del Código Civil por la Ley 41/2003, la delegación de la facultad de mejorar», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 55, julio-septiembre 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, número 4, 2004.
- SANCHO REBUDILLA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984
- SEDA HERMOSÍN, «El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XVI, Editorial Comares, Sevilla, 2004.
- SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004.
- SERRANO GARCIA, I., en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Futuex, Badajoz, 2012.
- ZAMBRANO, V., «La protección de los mayores entre el Código Civil y la Ley Especial. La experiencia italiana», en *La protección de las personas mayores*, dirigido por Lasarte Álvarez, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.