

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DOBLE GRADO DERECHO-ADMINISTRACIÓN Y

DIRECCIÓN DE EMPRESAS

Curso 2020/2021

**MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS EN EL
DERECHO DE SUCESIONES.**



Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil

Tutor: Carlos Cuadrado Pérez

Autor:

ALEJANDRA MALDONADO HERNÁNDEZ

Epígrafes 1 a 3 en colaboración con:

María García Montelongo

Noelia Fernández Pinedo

Blanca Saiz Ros

Calificación: 10, Matrícula de Honor

RESUMEN

En este trabajo se desarrolla un estudio sobre las distintas figuras en materia de derecho civil, en particular en derecho de sucesiones, que dispone el ordenamiento jurídico español y que tienen como finalidad beneficiar a las personas con discapacidad. El contenido del mismo dispone de cuatro partes diferenciadas, las tres primeras han sido desarrolladas en grupo (autores: Alejandra Maldonado, María García Montelongo, Noelia Fernández Pinedo y Blanca Saiz Ros), mientras que la última tiene una autoría y voluntad personal (autor: Alejandra Maldonado Hernández). Su desarrollo se dispone desde un plano general con una enumeración de conceptos y legislaciones aplicadas, pasando por la revisión y análisis de las figuras jurídicas referidas, hasta concluir con una visión mucho más crítica, específica y de comparación.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, Mecanismos de protección, Testamento, Convención de Nueva York.

ABREVIATURAS

Anteproyecto de Ley Español	Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CDPD	Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
Convención de Nueva York	Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad
EDF	Foro Europeo de la Discapacidad
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley 39/2006	Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
Ley 41/2003	Ley 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.
LIONDAU	La Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española

RD	Real Decreto
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	7
1. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU INTERÉS SOCIAL	8
1.1. DISCAPACIDAD VS. INCAPACIDAD.....	10
1.2. TIPOS DE DISCAPACIDADES	12
1.3. LA FIGURA DEL DISCAPACITADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .	13
2. LEGISLACIÓN APLICABLE.....	16
2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.....	16
2.2. DERECHO SUPRANACIONAL	20
2.3. LEY 41/2003: OBJETIVO QUE PERSIGUE EL LEGISLADOR CON ESA LEY (INTERÉS SOCIAL).....	24
3. MECANISMOS SUCESORIOS DE PROTECCIÓN	27
3.1. CONSIDERACIONES GENERALES	27
3.2. MECANISMOS SUCESORIOS PROTECCIÓN	29
3.2.1. Sistema de legítimas: beneficiar al hijo con discapacidad.....	29
3.2.2. Sustituciones en general, fideicomisaria en particular.	32
3.2.3. Fiducia sucesoria (art. 831 CC) y su problemática.	37
3.2.5. Legado o donación de un derecho de habitación (art. 822 CC).....	43
3.3.6. Causas de indignidad (art. 756.7 CC) y desheredación. Indignidad para suceder al discapacitado por no haber prestado alimentos (atenciones debidas).	47
3.2.7. Fiscalidad.....	50
3.3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN PERSONAL EN LA SUCESIÓN.....	51
3.4. CAPACIDAD DEL DISCAPACITADO PARA OTORGAR TESTAMENTO. DESTINO DE LOS BIENES Y DEL PATRIMONIO PROTEGIDO CUANDO FALLECE EL DISCAPACITADO.	55
4. UNA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE LA PROTECCIÓN.....	57
4.1. LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO FAMILIAR: EL PAPEL DE LOS HERMANOS ...	57
4.2. DEFICIENCIAS APRECIADAS EN LA LEY 41/2003	59

4.3. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y EL MODELO SOCIAL.....	61
4.3.1. Modelo social de la Convención de Nueva York	61
4.3.2. Sobre la capacidad de testar	64
4.4. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD	67
CONCLUSIONES.....	71
ÍNDICE DE RESOLUCIONES	72
LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	74
ANEXO.....	79

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS EN EL DERECHO DE SUCESIONES.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo vamos a estudiar la protección de un colectivo vulnerable como es el de las personas con discapacidad. Comenzaremos el análisis haciendo un recorrido general sobre el concepto de discapacidad para poner de manifiesto los problemas y dificultades que existen al respecto, así como las diferentes normas referidas a los discapacitados, en distintos ámbitos.

El punto central de nuestro estudio va a ser el desarrollo de los distintos mecanismos sucesorios de protección del discapacitado, tanto a nivel personal, como patrimonial. Asimismo, se subraya la idea de que son los hermanos del discapacitado los principales medios de apoyo y se pone en duda el estigma social que recae sobre ellos.

Como punto de partida en materia legislativa hemos tomado 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. Se trata de una importante ley, por cuanto intenta ofrecer mecanismos para proteger o amparar los intereses del discapacitado, principalmente patrimoniales, pero también sucesorios y tributarios. Sin embargo, pese a la buena intención del legislador, se revela imprecisa suscitando numerosos interrogantes.

Como se podrá ver a lo largo de nuestro trabajo, encontramos numerosos autores que han analizado y estudiado este tema con profundidad, emitiendo diferentes interpretaciones y suscitando controversias al respecto, y en cuanto a la legislación vigente. Nuestro propósito es poner de manifiesto las cuestiones más relevantes que en materia sucesoria afectan al discapacitado, a la vez que aportar una visión crítica de la cuestión, siempre desde un espíritu respetuoso y creativo.

1. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU INTERÉS SOCIAL

El concepto de discapacidad ha variado mucho a lo largo de la historia. Hemos observado cómo, en un primer momento, se trataba desde una perspectiva paternalista y asistencial, tratando a la persona como un individuo dependiente y necesitado, mientras que en la actualidad se contempla a la persona con discapacidad como un ser que cuenta con recursos, habilidades y potencialidades.

Sin duda, a esta evolución del término de discapacidad, han cooperado los avances en el mundo de la medicina y también el progreso en la inclusión social de este colectivo. De esta manera, la definición de discapacidad nos lleva a enlazar también con otros conceptos como son la igualdad, la participación, la marginación, etc., tratando así la discapacidad como una cuestión de derechos humanos¹.

En las culturas antiguas, al concepto de discapacidad se le daba un enfoque religioso. Se creía que los trastornos físicos o sensoriales eran como un castigo, y una persona con discapacidad era objeto de rechazo a nivel social.

Desde el S. XV, se entendía la discapacidad como el resultado de fenómenos naturales que requerían un tratamiento. Aparecen manicomios para la rehabilitación de los individuos y, a nivel social, se llegó a la cronificación de los pacientes.

A finales del S.XIX, se le daba al concepto de discapacidad un enfoque médico y asistencial, identificando muchos trastornos con factores físicos o psíquicos. En esta etapa, se empiezan a crear centros especiales de educación y ocupación y se refuerza esa dependencia respecto a las instituciones y a las nuevas formas de discriminación, tanto social como laboral.

Por último, en la segunda mitad del S.XX, el interés se centra en la prevención, rehabilitación e inserción comunitaria, a través de servicios comunitarios, centros de salud y la inclusión y normalización escolar y laboral de este colectivo.

¹ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cinca, 2007, pp. 57 a 127.

En esta etapa, el interés social se manifiesta a través de la creación de asociaciones formadas por los propios discapacitados y sus familiares que defienden los derechos de estos individuos ².

Como fruto de toda esta evolución, en la actualidad, el término “*discapacidad*” tiene numerosas acepciones.

El Diccionario de la Lengua Española (RAE), define la discapacidad como “*la condición del discapacitado*”. Lo cual nos lleva a definir dicho término como “*la persona que sufre una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo u otras tareas ordinarias de la vida*”.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS), relaciona el término discapacidad con deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones de la participación.

Con las deficiencias se refiere a problemas que afectan a una estructura o función corporal; mientras que las limitaciones de la actividad las define como inconvenientes para realizar acciones o tareas; y, las restricciones de la participación se refieren a las dificultades para participar en situaciones fundamentales.

Por otro lado, las Naciones Unidas, definen la discapacidad como “*una condición que afecta el nivel de vida de un individuo o grupo*”.

Y, por último, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recogido en el Código de la Discapacidad, establece en su artículo 1 que, “*las personas con discapacidad son aquellas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diferentes barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en las mismas condiciones que los demás*” ³.

La aprobación de diferentes leyes en relación con las personas discapacitadas desemboca en un modelo social de atención a la discapacidad, el cual persigue que el Estado

² FUNDACIÓN PREVENT, “Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones”, cap.2 “*Concepto de discapacidad*”, 2013, p. 21.

³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Código de la discapacidad”, 29 de octubre de 2015, pp. 24 a 60.

tenga el deber de garantizar, tanto la igualdad de trato como de oportunidades de los individuos con discapacidad, frente al resto de la sociedad, mediante medios de protección y prestaciones sociales.

Este interés social de atención a la discapacidad se fortalece tras la “Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad” (CIDPD) del año 2006.

Además, en este punto cabe destacar una noticia de actualidad en la que el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), destaca el interés social en que el año 2021 se designe como el Año Europeo de las Personas con Discapacidad, por cumplir el décimo aniversario desde la ratificación de la “*Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*” por la Unión Europea.

La finalidad de esto es conseguir un acercamiento entre la UE y la sociedad civil, es decir, llegar a una Europa más social, además de fortalecer la relación con el Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), la plataforma encargada de la defensa, representación y actuación de las personas con discapacidad y sus familias y, además, difundir los derechos sociales.

1.1. DISCAPACIDAD VS. INCAPACIDAD

Una vez definido el concepto de discapacidad en el epígrafe anterior, cabe aclarar el de incapacidad para reflejar la diferencia que existe entre ambos términos, ya que en numerosas normas se utilizan de manera indistinta.

Ambos conceptos se encuentran relacionados en cuanto a las deficiencias, enfermedades o lesiones que limitan a un individuo en el ámbito personal, laboral y social. Sin embargo, presentan grandes diferencias en cuanto al punto de vista legislativo, conceptual y social.

La incapacidad es reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), mientras que la discapacidad es reconocida por la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad.

La Real Academia Española (RAE) otorga varias definiciones al término “incapacidad”. Lo define como “*la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo*”, “*falta de entendimiento o inteligencia*”, “*falta de preparación o medios para realizar un acto*”,

“carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos o ejercer cargos públicos”.

Además, hace una referencia a la *“incapacidad laboral”* como una situación de enfermedad física o psíquica que impide a un individuo, de manera temporal o indefinida, desempeñar una actividad profesional y que, además, da derecho a una prestación de la seguridad social ⁴.

En el ámbito del derecho, debemos aludir en este punto a la *“incapacidad jurídica”* y la *“incapacidad de obrar”*, que son las que más nos conciernen. La primera se refiere a la falta de capacidad para adquirir derechos, es decir, se refiere a la titularidad. Estos individuos deben contar con un tutor o curador que proteja sus derechos e intervenga en los diferentes actos que la persona incapaz no puede llevar a cabo. La capacidad jurídica la poseen todos los seres humanos desde el momento de su nacimiento, por el simple hecho de serlo, tal y como afirma Carlos LASARTE, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), *“la capacidad jurídica no es susceptible de graduaciones o matizaciones: se tiene o no se tiene; se es persona o no”* ⁵.

Por su parte, la *“incapacidad de obrar”*, es la falta de facultad para llevar a cabo actos jurídicos válidos y aceptar determinadas obligaciones y derechos. Es decir, se refiere al ejercicio.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, podemos concluir, a modo de síntesis, como diferencias principales entre *“discapacidad”* e *“incapacidad”* que, la primera deriva de una relación entre las condiciones de salud y el medio ambiente en el cual el individuo desarrolla su vida; mientras que la segunda lo hace de la relación entre las condiciones de salud de la persona, el trabajo y, por supuesto, sus derechos.

Además, mientras que la discapacidad se trata de una situación administrativa, la incapacidad es un estado civil que procede de una sentencia firme, es decir, que ningún individuo puede considerarse incapacitado sin que lo determine una sentencia firme.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Incapacidad. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado en 19 de octubre de 2020.

⁵ MORENO NAVARRETE, MA, y MORILLAS FERNÁNDEZ, M., *Capacidad e incapacidad legal*, 2008, p. 15-41.

De esta manera, un individuo puede padecer una discapacidad, pero sin que se vea afectada su capacidad de obrar. Además, la capacidad de obrar será limitada por el juez en función de la enfermedad del discapacitado, su grado de autogobierno y su situación.

1.2. TIPOS DE DISCAPACIDADES

En el presente trabajo, vamos a tomar como referencia para este apartado, el “*Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad*”, del cual se desprende una primera clasificación general de los tres tipos de discapacidades que existen: físicas, sensoriales y psíquicas.

No obstante, no existe una única clasificación de los diferentes tipos de discapacidades, ya que, por ejemplo, Oscar CASTILLERO MIMENZA, graduado en Psicología con mención a Psicología Clínica por la Universidad de Barcelona, desglosa esta clasificación, estableciendo seis tipos de discapacidad: física, sensorial, intelectual, visceral, psíquica y múltiple ⁶.

Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud, desarrolla la Clasificación Internacional de Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), estableciendo su propia diferenciación entre discapacidad física o motora, discapacidad sensorial, discapacidad intelectual y discapacidad psíquica.

Como hemos comentado al inicio, siguiendo el “*Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad*”, podemos clasificar los tipos de discapacidades en físicas, sensoriales y psíquicas.

En primer lugar, la discapacidad física, se trata de una deficiencia motórica o visceral, es decir, una limitación generada debido a una disminución o eliminación de capacidades físicas que impide al individuo desenvolverse de una manera normal.

Este tipo de discapacidad se relaciona con diversos sistemas o aparatos del cuerpo humano como pueden ser el cardiovascular, el nervioso, el respiratorio, el muscular, el digestivo, etc.

⁶ CASTILLERO MIMENZA, O., “Los 6 tipos de discapacidad y sus características”, *Psicología y Mente*, 2020. Referencia: <https://psicologiaymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>

En segundo lugar, la discapacidad sensorial se desprende de limitaciones o deficiencias totales o parciales en alguno de los sentidos. A pesar de que dichas deficiencias pueden estar presentes en todos los sentidos, las más frecuentes son las visuales y auditivas.

Y, por último, la discapacidad psíquica está relacionada con alteraciones en el comportamiento adaptativo de la persona y en su conducta, que suelen proceder de algún tipo de trastorno mental.

La Organización Mundial de la Salud establece una amplia relación de trastornos, entre los cuales destacan por su mayor incidencia en la población los siguientes: bipolaridad, depresión, ansiedad, autismo y esquizofrenia.

Como hemos observado, el Real Decreto engloba la discapacidad intelectual dentro de la psíquica, la cual está relacionada con las dificultades de aprendizaje, comprensión y comunicación del individuo.

1.3. LA FIGURA DEL DISCAPACITADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Antes de sumergirnos en la normativa, cabe mencionar que, el último censo oficial referente a las personas con discapacidad en España, realizado en el año 2008, desveló que el número de discapacitados asciende a 3,84 millones. Así, el Instituto Nacional de Estadística (INE), prevé actualizar estos datos en el próximo año.

La figura del discapacitado aparece contemplada en numerosas normas del Ordenamiento Jurídico Español y hemos considerado resaltar tres de ellas.

En primer lugar, la Constitución Española en sus artículos 14 y 49, otorga especial protección a este colectivo. En el primero, estableciendo que todos los españoles son iguales ante la ley, suponiendo así su integración no permitiendo su discriminación. Y, en el segundo, manifestando una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados, y amparo para el disfrute de sus derechos, lo cual ha provocado la modificación de algunos preceptos estatales y autonómicos.

En segundo lugar, el Código Civil también dedica varios artículos a las personas con discapacidad y a los instrumentos jurídicos de protección, como la incapacitación regulada en

sus artículos 199 y 200, estableciendo en el primero la necesidad de sentencia judicial firme, y, en el segundo, las causas de incapacitación ⁷.

Por último, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero, en su artículo 765 también hace referencia a la figura del discapacitado, en cuanto al ejercicio de las acciones que le corresponden, destinando al Ministerio Fiscal o a un representante legal como responsables ⁸.

En este punto, nos ha parecido interesante tener presente la “*Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre del año 2006.

Se presenta como un instrumento jurídico con gran impacto para las personas con discapacidad, ya que con ella se persigue dar visibilidad a este colectivo dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, tratando la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y, por supuesto, apoyar estas iniciativas con una herramienta jurídica que le aporte valor.

Así, en su artículo 12 hace referencia al igual reconocimiento como persona de los discapacitados ante la Ley. Les otorga capacidad jurídica en igualdad de condiciones y, además, establece la obligación de los Estados Parte de apoyar a las personas con discapacidad en el ejercicio de dicha capacidad ⁹.

CORRAL BENEYTO apuntó en su momento que las normas del ordenamiento jurídico, en esta materia, no eran suficientes para abordar la respuesta que se debe dar a las personas con discapacidad en el ejercicio de la totalidad de derechos que les corresponden ¹⁰.

⁷ Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

⁸ Las acciones de determinación o impugnación de la filiación que corresponden al hijo menor de edad o incapacitado, podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, pp. 20651.

¹⁰ CORRAL BENEYTO, R. “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español”, *El notario del siglo XXI*, n.48, 2013.

1.4. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE SUCESIONES EN MATERIA DE DISCAPACITADOS (MENCIÓN AL PATRIMONIO)

El Derecho de Sucesiones es la parte del Derecho Civil privado que regula la sucesión mortis causa, es decir, que determina el destino de las titularidades y relaciones jurídicas de una persona cuando fallece.

En España, el encargado de definir el marco legislativo del derecho de sucesiones es el Código Civil. Abarca este tema en su Libro III, Título III, de los artículos 657 al 1087.

Así, el Código Civil, es quien establece tanto la figura del heredero, como su capacidad para heredar y determinados límites o incapacidad de suceder, en su sección primera del capítulo II (“*De la capacidad para suceder por testamento y sin él*”).

Y, en la sección primera del capítulo I (“*De la capacidad para testar*”), la figura del testador y su capacidad o límites para testar, estableciendo que los menores de 14 años y los que no se hallen en su cabal juicio, están incapacitados para testar.

A pesar de ser el Código Civil quien establece las normas a nivel nacional, cada Comunidad Autónoma determina aspectos concretos del Derecho de Sucesiones, prevaleciendo este derecho específico sobre el derecho común.

Por otro lado, cabe tener presente 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 la cual profundizaremos más adelante.

Dicha Ley, dedica su primer artículo a establecer el objeto de la misma, en relación con la formación del llamado patrimonio protegido de las personas con discapacidad ¹¹.

Estos bienes forman lo que denominamos el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, es decir de la persona en cuyo interés se constituya dicho patrimonio, su titular.

¹¹ El objeto de la Ley 41/2003 es favorecer la aportación a título gratuito, de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer los mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, con la finalidad de satisfacer las necesidades vitales de sus familiares.

En relación con el patrimonio, cabe mencionar en este punto la “capacidad modificada judicialmente”. Esta se refiere a la limitación o reducción de la capacidad de obrar de un individuo por sentencia judicial, tal y como lo establece el Código Civil en su artículo 199. Lo que ocurre en estos casos es que el poder que una persona ostenta sobre determinados bienes se ve modificado, debido a una enfermedad o deficiencia que le impidan llevar a cabo ciertas actividades o tomar determinadas decisiones.

2. LEGISLACIÓN APLICABLE

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.

El artículo 14 de la Constitución Española establece que todos los españoles somos iguales ante la ley, y que ningún ciudadano puede ser discriminado por ninguna circunstancia.

Nuestra Carta Magna estableció así una protección a un colectivo vulnerable, como es el de las personas con discapacidad.

Sin embargo, a lo largo de nuestra historia legislativa, ya se habían promulgado otras leyes para la protección de este colectivo. En este punto comentaremos y analizaremos algunas de esas leyes.

Como ya se vio en el punto anterior, la denominación con la que se hace referencia a las personas con discapacidad va cambiando a lo largo del tiempo, y ello se ve reflejado a su vez en el nombre de las leyes.

La primera sobre la que hablaremos es sobre el Real Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales, de 22 de enero de 1910.

En este Real Decreto se exponía la necesidad de especialización de los docentes para impartir clases a las personas con discapacidad, adaptándose a las necesidades del alumnado. Si recordamos los apartados anteriores, el resto de Europa había estado instaurando de manera progresiva centros especiales de educación, por lo que este Decreto adaptó las políticas de educación del resto del continente en España.

Años más tarde, en 1930, se promulga el Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión. En este Decreto, el término elegido esta vez es el de inútil, que no es capaz de hacer nada. Este Decreto, como su mismo nombre establece, se realizó ante la necesidad de proteger a un colectivo que hasta entonces no tenía una protección clara, el de los cuerpos militares con ceguera derivado de heridas de batalla.

Un año después, en 1931, se aprueba el Decreto de Asistencia a Enfermos Psiquiátricos. Este Decreto estaba enfocado a las personas con discapacidad mental, comúnmente llamados en aquel entonces como enfermos psiquiátricos. Este decreto establecía y creaba instituciones especializadas en el cuidado de este colectivo. Si bien es cierto que realizaban una labor social, como es el cuidado de los enfermos mentales, solo se centraban en su control y cuidado, pero no rehabilitándolos o haciendo intento de su integración en la sociedad¹².

Años más tarde, se aprueba la Orden de 8 de mayo de 1970 por la que se aprueba el texto refundido de los Decretos 2421/1960 de 20 de septiembre y 1076/1970 de 9 de abril, por la que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los subnormales.

- Prestación económica para contribuir a los gastos incurridos por los familiares a cargo de alguna persona dependiente
- Establecimientos de centros especializados de educación, instrucción y recuperación.
- Reconocimiento de una incapacidad provocada por el desempeño de una actividad profesional.
- Definición en su artículo 4 sobre lo que se consideraba “subnormal”¹³.

Cuando se aprobó la Constitución de 1978, la sociedad occidental estaba experimentando políticas sociales con el fin de aumentar el bienestar social. Como consecuencia directa de ello, centrándonos en el tema que estamos abordando, la discapacidad, encontramos en el artículo 49 de nuestra Constitución:

¹² Real Patronato sobre Discapacidad. “Guía sobre Discapacidad para Profesionales de los Medios de Comunicación”. Disponible en: <https://www.cesya.es/sites/default/files/documentos/guiaestilo.pdf>

¹³ Orden de 8 de mayo de 1970 por la que se aprueba el texto refundido de los Decretos 2421/1960 de 20 de septiembre y 1076/1970 de 9 de abril. Boletín Oficial del Estado núm.121, de 21 de mayo de 1970, páginas 7871 a 7872.

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Este artículo protege de manera constitucional a todas las personas discapacitadas, sin distinguir que esa discapacidad o minusvalía (términos que se utilizaran sin distinción en nuestra Constitución) haya sido de nacimiento, adquirida con el tiempo o sufrida de manera temporal. A su vez, al decir que “los poderes públicos realizarán...” no se nos especifica quiénes van a ser esos poderes. Tenemos que ir al Art. 148.1. 20ª CE y al Art. 149.1. 17ª para ver que las competencias de esta materia están compartidas entre el Estado- la competencia para legislar sobre asuntos referidos a la Seguridad Social- y las Comunidades Autónomas- la asistencia social.

Otra cosa que destacar de este artículo es la integración de la persona discapacitada. Hasta ese momento, la mayoría de la legislación sobre discapacitados se centraba en la asistencia y en la educación de los minusválidos; integrarlos, tanto en la sociedad como en el mundo laboral, eran temas que no se habían abordado por parte del legislador.

Esta premisa constitucional se vio reflejada años después en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos¹⁴. Esta Ley establecía que toda empresa que tuviese una plantilla superior a 50 trabajadores debía tener un cupo de plazas, un 2% de su plantilla, para personas cuya discapacidad fuese igual o superior al 33%.

La razón de esta discriminación positiva fue, como no, la integración de aquellas personas que tuvieran algún tipo de discapacidad en el mundo laboral. Al existir un imperativo legal, estas personas quedaban jurídicamente protegidas ante prácticas discriminatorias a la hora de acceder a un puesto de trabajo¹⁵.

En 1999 para complementar esta Ley, se crea el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de

¹⁴ RAMIRO IGLESIAS, JA; “La evolución conceptual del derecho de la discapacidad”. *Expansión*, 28 de junio 2011. Referencia: <https://hayderecho.expansion.com/2011/06/28/la-evolucion-conceptual-del-derecho-de-la-discapacidad/>.

¹⁵ VERDUGO, M.A; VINCENT, C; CAMPO, M; JORDÁN DE URRÍES, B. “Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante”, *Servicio de información sobre discapacidad*, 2001. Referencia: <https://sid.usal.es/idocs/F8/8.4.1-5021/8.4.1-5021.PDF>

minusvalía. En ella se especifica la manera es la que se concede la discapacidad y la manera en la que se calculará el porcentaje de dicha minusvalía.

La Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, LIONDAU a partir de ahora, complementa la Ley 13/1982. Esta nueva Ley, en su artículo 2, pone de manifiesto los principios que deben de cumplirse para que las personas con discapacidad estén más cerca de conseguir la igualdad. Dichos principios son¹⁶:

- Vida independiente: poder decidir sobre su propia persona y su desarrollo personal dentro de la sociedad.
- Normalización: poder realizar una vida cotidiana como cualquier otra persona sin discapacidad.
- Accesibilidad universal: adaptar todos los entornos para que las personas con discapacidad puedan acceder a ellos sin muchos problemas.
- Diseño para todos
- Diálogo civil: participación de este colectivo en las políticas sociales que desarrollen cuestiones que les afecten.
- Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad: que en todas las actuaciones que desarrolle la Administración se les tenga en cuenta, y no solo en aquellas que versen específicamente sobre ellos¹⁷.

Esta ley, al igual que la Ley 13/1982 de 7 de Abril y la Ley 49/2007 de 26 de diciembre, por la que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, han sido derogadas por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, al haberse integrado en el propio Texto Refundido.

¹⁶ CABRA DE LUNA, MA; “Igualdad de oportunidades, o discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. Intervención en las X Jornadas sobre “*DERECHO Y SITUACIONES DE DISCAPACIDAD*”, organizada por la Fundación Aequitas, el Ilustre Colegio Notarial de Bilbao y el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Bilbao, 22,23 y 24 febrero 2006. Referencia: http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=b687da92-c37b-4d32-81bd-1998d4abc918&groupId=10228

¹⁷ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En el artículo primero, se especifica cuál es el objetivo del Real Decreto, que no es otro que “*garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones...*”¹⁸. Grosso modo, este Real Decreto engloba todos los conceptos, definiciones y principios más destacables de las anteriores leyes mencionadas, como el derecho a una vida independiente, normalización, la no discriminación, etc.

Como hemos podido ver a lo largo de este apartado, la normativa española en materia de discapacidad ha evolucionado, cambiado y mejorado con los años, adaptándose a las nuevas necesidades y exigencias de la sociedad. Hay muchas más leyes en lo referido a la discapacidad, pero nos interesó destacar estas, que a nuestro juicio eran las más relevantes.

2.2. DERECHO SUPRANACIONAL

En el punto anterior vimos de manera resumida la legislación nacional en materia de discapacidad. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se integran normas supranacionales, como Directivas europeas o tratados internacionales referentes a la regulación de la discapacidad. En este apartado intentaremos abordar las más representativas.

A nivel internacional, destaca la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Esta convención se aprobó el 13 de diciembre de 2006, y España la firmó y ratificó el 3 de mayo de 2008. Al tratarse de un tratado internacional queda integrada desde entonces en nuestro ordenamiento jurídico.

El propósito de este convenio se encuentra recogido en su artículo primero, y no es otro que “*promover, proteger y asegurar*”¹⁹ los Derechos Humanos de todas las personas del mundo, incluyendo a las personas con discapacidad, sin que su condición sea motivo para discriminarlos, pues iría en contra de los Derechos Humanos.

Para conseguir dicho propósito, los Estados deberán guiarse por unos principios generales enumerados en su artículo 3: respeto a la dignidad inherente, la autonomía, la libertad de tomar

¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

decisiones propias, la no discriminación, inclusión activa y plena en la sociedad, respeto y aceptación de la diversidad, igualdad de oportunidades...

Como podemos comprobar, estos principios han quedado reflejados en las leyes españolas.

Los Estados se comprometen a adoptar en sus respectivas legislaciones medidas para asegurar que las personas con discapacidad consigan el disfrute pleno de los derechos y libertades fundamentales derogando o reformando, si así se cree conveniente, leyes que estuvieran en contra de dicha Convención. A su vez, deberán prohibir en todas las partes de sus territorios cualquier tipo de discriminación, independientemente del ámbito (económico, laboral, formativo) de las personas con discapacidad.

Para ello, la presente Convención no considera discriminatorias leyes o políticas que implementen medidas para mejorar el acceso a la igualdad de las personas (como por ejemplo que se instaure un porcentaje de plazas para personal con discapacidad) o para proteger su seguridad.

Queda en manos de los Estados miembros la concienciación de sus sociedades sobre el asunto de la discapacidad. Para ello, deben promover programas de formación dirigidos a la ciudadanía para concienciarse sobre la discapacidad. A su vez, es el Estado quien tiene que proporcionar un mejor acceso y adaptación de las necesidades de las personas con discapacidad en su vida cotidiana, dotando instalaciones adaptadas a determinadas condiciones físicas, ya sea por movilidad o visión reducida u otras circunstancias.

En los artículos 12 y 13 de la Convención, se abordan tanto la igualdad de reconocimiento como persona ante la ley y el acceso a la justicia por parte de los discapacitados.

En dichos artículos, se reconoce que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica y los mismos derechos que una persona que carezca de ella; al igual que es deber del Estado velar porque estas personas tengan las mismas posibilidades a la hora de acceder a la justicia, y será el propio Estado el que cree mecanismos y procedimientos para tales fines. *“Artículo 12. 1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados*

Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica... ”²⁰.

La interpretación del artículo 12 de la Convención ha provocado amplia discusión doctrinal, puesto que el Comité de la Convención “*entiende que mantener la representación, incluso en los casos de discapacidades incapacitantes severas, es discriminatorio.*”²¹, mientras que la amplia mayoría de Estados creen que esta interpretación, que pretende destruir cualquier tipo de representación (tutela, curatela...), es extremadamente radical. Sin embargo, es cierto que se están empezando a tomar medidas legislativas como, por ejemplo, en España, *el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, en el que la figura de la curatela se ve fortalecida, llegando incluso a tener facultades representativas en determinadas circunstancias, aunque entre en conflicto con la interpretación del Comité.

En este punto hay que enfatizar lo dicho anteriormente; no se deberían considerar medidas discriminatorias aquellas que están destinadas a la protección de la persona con discapacidad, hecho con el que la amplia mayoría justifica, y con razón, la existencia de figuras de representación frente a las figuras de apoyo por las que abogan el Comité.

Como consecuencia directa de los artículos del Convenio mencionados, las personas con discapacidad tienen el derecho de acceder a una educación digna, a una asistencia sanitaria, a un puesto de trabajo, a integrarse de manera plena en la sociedad, y demás derechos que toda persona por su condición de ser humano tiene derecho a acceder.

Esta Convención entró en vigor en todo el territorio de la Unión Europea el 21 de enero de 2011, de acuerdo con la Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, por lo que forma parte de nuestro Derecho Comunitario.

En nuestro Derecho Comunitario encontramos también una amplia legislación sobre la discapacidad.

²⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²¹ CUADRADO PÉREZ, C. “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 777, 2020, pp. 13 a 90.

En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se hace referencia directa a discapacidad.

En su artículo 9, se expresa que la Unión tratará de luchar contra cualquier tipo de discriminación, incluida la discriminación por motivos de discapacidad. A su vez, el artículo 19 establece que el *“Consejo por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación en el Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial (...), discapacidad...”*²².

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su Título II, sobre la Igualdad, establece en su artículo 21 que cualquier tipo de discriminación queda prohibida, entre las que se incluyen aquellas por motivos de discapacidad. A su vez, su artículo 26 expresa que *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.”*²³.

Para poder hacer efectiva esta igualdad y no discriminación, la Unión Europea ha creado varias Directivas y Reglamentos, entre los que destacaremos dos:

Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El objetivo de dicha Directiva, reflejado en su artículo 1, es el mismo que el artículo 9 del TFUE, que no es otro que la lucha contra la discriminación de todo tipo, entre las que se encuentra la discriminación por motivos de discapacidad.

La propia Directiva establece que los empresarios u organizaciones deberán adaptar, dentro de las medidas legales de cada Estado Miembro, los puestos de trabajo para que de esa manera los impedimentos más notorios para acceder al mercado laboral (instalaciones sin accesos adaptados, carencia de baños adaptados, etc....) queden resueltos, al igual que toda actitud discriminatoria hacia las personas con discapacidad serán sancionables. Solamente la

²² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

discriminación por motivos de discapacidad y edad está permitida por parte de los Estados Miembros en lo relativo a sus fuerzas armadas²⁴.

Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Este Reglamento es el primer texto plenamente vinculante que versa solo y exclusivamente sobre discapacidad, más concretamente sobre la asistencia que puedan necesitar los viajeros que tengan algún tipo de discapacidad. Al tratarse de un reglamento su espacio de aplicación es en todo el territorio de la Unión Europea o, mejor dicho, en todos los aeropuertos (ya sea aeropuerto de salida, llegada o de tránsito).

Cabe destacar que esta asistencia se debe realizar sin cargo adicional alguno²⁵.

En estos dos puntos hemos realizado un breve análisis sobre la legislación más relevante en materia de discapacidad como concepto de igualdad, no discriminación e inclusión en la sociedad, tanto a nivel estatal como a nivel supranacional.

En el siguiente punto se comenzará a tratar el tema central de este trabajo, que es la protección del patrimonio de las personas con discapacidad.

2.3. LEY 41/2003: OBJETIVO QUE PERSIGUE EL LEGISLADOR CON ESA LEY (INTERÉS SOCIAL).

No es casualidad que en el año 2003 se aprobaran y entraran en vigor dos leyes bastante relevantes en materia de discapacidad. La primera, la Ley 51/2003 de 2 de diciembre (LIONDAU), comentada en puntos anteriores; y la segunda 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. Este interés legislativo estuvo fomentado por el creciente interés y concienciación tanto de la sociedad como de los entes públicos.

A su vez, el año 2003 fue el “Año Europeo de las personas con Discapacidad”.

²⁴ Directiva (UE) 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000.

²⁵ Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo

La razón de ser de la Ley 41/2003 es la creación, protección y regulación de un patrimonio protegido del discapacitado, con el que pueda hacer frente a sus necesidades vitales. Esta Ley pretende favorecer las aportaciones a título gratuito de bienes y derechos que se integraran en el patrimonio protegido, que se aislará del resto del patrimonio personal. Cabe recalcar, que este patrimonio protegido carece de personalidad jurídica propia.

El beneficiario de este patrimonio protegido no puede ser otro que la persona con discapacidad. A efectos de esta Ley, una persona posee discapacidad cuando dispongan de una afección psíquica igual o superior al 33% o bien una afección física o sensorial igual o superior al 65%, afecciones cuyo grado tiene que acreditarse, ya sea por resolución judicial o por un certificado expedido de manera oficial.

La creación de este patrimonio puede realizarlo tanto el futuro beneficiario siempre que se le considere con la capacidad suficiente para realizarlo, o bien, pueden constituirlo sus padres, sus tutores o sus curadores si la persona carece de dicha capacidad. Los guardadores de hecho también podrían constituir el patrimonio protegido si la discapacidad es psíquica, aportando el patrimonio que los padres de la persona con discapacidad le hayan otorgado a título hereditario o las pensiones constituidas para ellos. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar a la persona (si tiene la capacidad de obrar), a sus padres, tutores o curadores la creación del patrimonio protegido, ofreciendo al instante bienes para ese fin. En caso de que los representantes de la persona se nieguen, se iniciará un trámite judicial, en el que el juez deliberará siempre en interés de la persona con discapacidad; en caso de autorizar la constitución del patrimonio, ni los padres, tutores o curadores que se negaron a su constitución podrán ser administradores de dicho patrimonio salvo justa causa.

Para poder crear el patrimonio protegido de la persona con discapacidad se requiere de escritura pública, salvo en los casos en el que los padres, tutores o curadores se hayan negado a la constitución, que se hará a través de una resolución judicial.

El contenido mínimo que debe tener la escritura pública o la resolución judicial es:

- Un inventario de bienes y derechos que van a formar parte del patrimonio.
- Una serie de normas que regirán la administración de dicho patrimonio, así como quién se encargará de esa tarea en caso de que el propio beneficiario no tuviera capacidad para hacerlo.

En el caso de que no sea el propio beneficiario el administrador de su patrimonio, el administrador pasará a ser el representante legal del patrimonio.

El patrimonio protegido se extinguirá, bien por el fallecimiento o la declaración de fallecimiento del beneficiario, o bien si este deja de tener la condición de discapacitado.

A parte de tratar el patrimonio protegido de la persona con discapacidad, la Ley 41/2003 modificó una serie de artículos del Código Civil entre los que destacaremos por su especial afección a las personas con discapacidad en materia sucesoria.

En el artículo 756 del Código Civil se enumeran las causas de indignidad. Hasta la modificación del Código Civil motivada por la Ley 41/2003 estas causas eran seis, añadiéndose una séptima que versa de la siguiente manera: *“Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.”*²⁶. De esta manera, el legislador, pretende proteger el interés y cuidado de las personas con discapacidad, aunque sea de manera coactiva.

Como norma general, la legítima no se puede gravar. Sin embargo, la modificación de los artículos 808, 813, 821 y 822 CC gracias a la Ley 41/2003 podemos ver que una excepción a esa regla general, en la que se grave la legítima a favor de un descendiente con discapacidad o judicialmente incapacitado.

A su vez, la Ley 40/2003 modifica el sistema de la sustitución fideicomisaria del artículo 782CC, que se explicará de manera detallada en apartados posteriores.

Para terminar, la Ley 41/2003, modifica tanto la Ley 40/1998 del Impuesto de la Renta para las Personas Físicas (IRPF) y la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades (IS), aportando alicientes fiscales para aquellas personas o entidades que realizan aportaciones a los patrimonios protegidos para las personas con discapacidad.

A modo de conclusión, podemos ver, que el fundamento de la Ley 41/2003 no es otro que el de velar por el bienestar de las personas con discapacidad, otorgándole una serie de mecanismos de protección, que se verán con todavía más detalle en los apartados siguientes.

²⁶ Código Civil

3. MECANISMOS SUCESORIOS DE PROTECCIÓN

A lo largo de este epígrafe estudiaremos los distintos mecanismos sucesorios que el ordenamiento jurídico español pone a disposición de las personas discapacitadas, para protegerlas patrimonial y personalmente. El concepto “persona discapacitada” se entenderá conforme a lo dispuesto en el art. 2.2 de la Ley 41/2003²⁷. Por otro lado, y teniendo en cuenta que los avances médicos²⁸ han permitido la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, abordaremos la hipótesis de que sean los progenitores los que provean y protejan con medios suficientes a su hijo discapacitado para que, en el futuro y tras la muerte de aquellos, estos puedan satisfacer sus necesidades vitales.

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

En este proceso de convivencia entre las familias y la discapacidad, y atendiendo a un futuro inevitable, surge la siguiente pregunta: *¿qué será de él cuando ya no estemos?* Estos hijos discapacitados necesitarán tener cubiertas principalmente dos necesidades básicas: el acceso a una vivienda y liquidez económica suficiente para atender al resto de sus necesidades, que son más de lo habitual. En los casos de incapacitación judicial, además, será necesaria una representación legal. Siguiendo esta línea encontramos tres vías de protección:

En primer lugar, la constitución de un *patrimonio protegido* en beneficio de la persona discapacitada en cuyo favor se constituye. El objetivo es crear una masa de bienes y derechos que permita una liquidez económica con la que la persona discapacitada pueda satisfacer sus necesidades vitales presentes y futuras. El patrimonio protegido tiene normas especiales de administración y una serie de ventajas fiscales. La propiedad de los bienes y los derechos que lo conforman es del discapacitado que lo adquiere, aunque es necesario nombrar un administrador (padres, tutores o curadores). No se trata de un mecanismo sucesorio como tal, pero el testador podrá realizar aportaciones *mortis causa* en beneficio de este. A pesar de la

²⁷ Primera vez que se introduce en el Derecho Civil el término “discapacidad”. En palabras de VIVAS TESÓN «va a producir efectos civiles de gran trascendencia, además de por los instrumentos de tutela que contempla, provocando, de inmediato, una enorme sensación de alivio y satisfacción por haber logrado que el legislador civil se preocupara, por fin, de dar apoyo a muchas personas que, desde hacía tiempo, lo necesitaban y esperaban».

²⁸ Exposición Motivos I párrafo 2º Ley 41/2003: «Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse».

buena intención del legislador al configurarlo como un mecanismo de protección del discapacitado, la realidad demuestra que no está al alcance de todos. Solo aquellas familias con capacidad económica suficiente podrán realizar las aportaciones necesarias para asegurar el futuro del hijo discapacitado.

En segundo lugar, los padres podrán *donar en vida bienes y derechos reales* a sus hijos con el fin de ir creándoles un patrimonio personal (que no protegido) que garantice su subsistencia futura y las atenciones y cuidados que precisen. Al igual que en el caso anterior, la titularidad de los bienes y derechos corresponderá a los hijos discapacitados y su administración dependerá de su capacidad de obrar, sujeta en todo caso a las reglas del CC. La mayor desventaja es su coste fiscal, que es prácticamente igual al de la sucesión *mortis causa*, sin el beneficio que suponen las reducciones sobre la cuantía obtenida en la base imponible por discapacidad. Algunas especialidades en materia de discapacidad en el ámbito de las donaciones son la donación del derecho de habitación (art. 822 CC) y la posibilidad de no colacionar los gastos realizados por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos con discapacidad (art. 1041 CC).

Por último, por medio de las *disposiciones testamentarias* los padres podrán establecer cláusulas específicas de protección beneficiando a sus hijos discapacitados, consiguiendo no solo la protección patrimonial, sino también la protección personal. El testamento es el punto de partida, siendo un acto personalísimo (art. 670 CC), formal y solemne, de libre voluntad (art. 673 CC), unilateral y unipersonal²⁹ en el Derecho Común. Existen distintos tipos de testamento, distinguiendo el CC en comunes y especiales (art. 676 CC). El *testamento común* puede ser ológrafo, abierto o cerrado, y se consideran *testamentos especiales* el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (art. 677 CC). La práctica testamentaria muestra que el testamento abierto ante Notario es lo habitual, por ser lo más sencillo y adecuado para el testador. Por medio de él, el testador manifiesta sus últimas voluntades ante Notario hábil para actuar en el lugar de otorgamiento (art. 694 CC). Este tipo de testamento es especialmente útil cuando hay hijos o descendientes discapacitados a los que se quiere proteger, pues la ley en esta materia puede resultar compleja para alguien lego en Derecho. El Notario informa, asesora

²⁹ En el Derecho Común está prohibido el testamento mancomunado: «No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero» (art.669 CC), salvo lo dispuesto para ciertas Comunidades Autónomas.

y aconseja qué mecanismos serán los más convenientes, dadas las circunstancias patrimoniales del testador y las personales del discapacitado.

3.2. MECANISMOS SUCESORIOS PROTECCIÓN

3.2.1. Sistema de legítimas: beneficiar al hijo con discapacidad

El sistema de legítimas es uno de los principales pilares de nuestro Derecho de Sucesiones, sobre el que se han escrito ríos de tinta. Este sistema se fundamenta en el derecho a recibir una herencia por razón de parentesco y, además, supone un límite a la libertad de testar. Es decir, aunque el testamento sea un acto de libre voluntad, existe una porción de bienes sobre los que no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos³⁰ (art. 806 CC). Si bien es cierto que en la actualidad el sistema de legítimas es materia de debate y propuesta de reforma, también supone un mecanismo de protección hacia personas con una evidente dependencia sobre el patrimonio de sus progenitores o allegados, más aún después de fallecer éstos.

La cuantía de la legítima difiere según quiénes sean los legitimarios y con qué otros legitimarios coincidan. La legítima de los descendientes (art. 807 CC), a la que nos referiremos ahora principalmente, supone dos tercios de la herencia que quedan fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad del causante y a los que no podrán acceder otros legitimarios que no sean descendientes. Sobre el tercio restante, el de *libre disposición*, el testador tiene plena voluntad, pues no está sujeto a ninguna regla (art. 808 CC). Uno de los dos tercios que corresponde a la legítima recibe el nombre de *legítima corta o estricta* y se divide en tantas partes como hijos haya. El segundo tercio es el de *mejora* que no tiene por qué repartirse a partes iguales entre los hijos, sino que la proporción la establece el testador.

No sería razonable limitarse a lo dispuesto en el Derecho Común, puesto que en los derechos forales se admite, en términos generales, una mayor libertad de disposición al testador, siendo el importe de las legítimas menor e incluso inexistente como sucede en

³⁰ A estos herederos se les llama “legitimarios” o, en terminología (inexacta, según dice ALBALADEJO) de la ley, “herederos forzosos”. «La terminología de llamar herederos forzosos a los legitimarios es inexacta porque los bienes que constituyen la legítima no les corresponden necesariamente como herencia, sino que se les pueden dejar también por legado o habérselos dado en vida como donación» ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V Derecho de sucesiones*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Madrid, 2013, p. 379.

Navarra. En cualquier caso, la sujeción y aplicación de uno u otro Derecho lo determina la vecindad civil (art. 14 CC).

Volviendo al Derecho Común por cuestiones prácticas y en vista de que «la legítima está protegida contra el que debe, y hasta contra el que tiene el derecho a ella»³¹, mencionaremos algunos mecanismos que la salvaguardan:

En primer lugar, existen una serie de casos previstos por la Ley que podrán privar a los herederos de su legítima (art. 813 párrafo primero CC); éstas son las *causas de desheredación e indignidad*. En segundo lugar, se prohíbe imponer sobre la legítima gravamen, condición, o sustitución de ninguna especie, salvo el usufructo del viudo y la sustitución fideicomisaria respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados (art. 813 párrafo segundo CC); hablaríamos en este caso sobre la *intangibilidad de la legítima*. En tercer lugar, se desarrolla la institución jurídica de la *preterición* (art. 814 CC) definida como la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento sin desheredar expresamente.

Gracias a la legítima se logra alcanzar una cierta seguridad con respecto a cuál será el destino de parte de los bienes que constituyen la herencia. Evita que sea el heredero quien tenga que defender sus derechos e intereses, facultad posiblemente limitada y reducida tratándose de una persona con ciertas minusvalías o discapacidades. Sin la existencia de un sistema tal y quedando en plena voluntad de los padres la distribución total del patrimonio, o faltando testamento y originándose una lucha de intereses entre los hermanos coherederos, el discapacitado podría verse en una situación de total indefensión y desamparo.

Este sistema no sólo permite una cobertura para que todos los hijos puedan heredar de sus progenitores un mínimo porcentaje de la herencia, sino que permite favorecer a uno de los hijos frente al resto de hermanos. Los padres pueden optar por hacer testamento y atribuir al hijo con necesidades especiales el tercio de mejora y el de libre disposición, además de la cuota legitimaria. Es decir, se mejora al máximo al discapacitado y se deja a los demás su legítima corta. Además, incluso, se puede disponer del tercio de mejora a favor de descendientes que no son legitimarios. Así, por ejemplo, un abuelo podría optar por mejorar directamente a su nieto discapacitado, en vez de a sus hijos.

³¹ ALBALADEJO, op. cit., p. 391.

De esta forma, se adjudicará al discapacitado tantos bienes (por ejemplo, una vivienda), frutos o recursos económicos, como necesite (por ejemplo, un lugar donde vivir). Todo dependiendo de las necesidades que tenga y la posible renta o pensión que perciba. Además, ese trato favorable dado no significa que se perjudique total y definitivamente al resto de los hermanos.

Llegados a este punto es imprescindible hacer alusión al “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, presentado por ministerios de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en 2018. En concreto cabe destacar la nueva redacción del art. 808 CC en materia de legítimas de los hijos y descendientes: «(...) Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes (...)».

Aunque el concepto de “desenvolverse de forma autónoma” es completamente etéreo (¿quién lo cumpliría?) y que el hecho de perjudicar al resto de legitimarios provocaría cierta disconformidad y enfrentamiento, entendemos que se trata de un intento por acercar las legítimas del Derecho Común a las legislaciones forales. En su origen el sistema de legítimas se basaba en una solidaridad intergeneracional y protección familiar que poco a poco empieza a carecer de sentido en la sociedad actual. Las necesidades exigen un cambio en la rigidez del actual sistema, y la evidencia es la tendencia que ciertos artículos están tomando en sus nuevas redacciones, pero tampoco se trata de eliminarlas para unos y para otros no, como se plantea en el precepto. En Navarra, por ejemplo, no hay legítimas de ninguna clase, aunque personalmente no creemos que se debiera llegar a tal situación. El mejor escenario que observamos sería el existente en Aragón, en el que la legítima es a favor de los hijos y descendientes, pero tomando los dos tercios de la legítima larga la forma del actual tercio de mejora: libre reparto entre los descendientes. Así se resolverían muchos problemas y conflictos, y no solo en cuanto a los discapacitados, que además verían facilitada su protección³².

³² GOMÁ LANZÓN F., “Análisis crítico de la reforma de las legítimas en el anteproyecto sobre discapacidad”, *Hay derecho*, 29 diciembre, 2018. Referencia: <https://hayderecho.expansion.com/2018/11/29/analisis-critico-de-la-reforma-de-las-legitimas-en-el-anteproyecto-sobre-discapacidad/>.

3.2.2. Sustituciones en general, fideicomisaria en particular.

La sustitución hereditaria aparece regulada en los arts. 774 a 789 CC. De forma general³³, podemos definirla como aquella disposición testamentaria en virtud de la cual el testador llama a un tercero (sustituto) a la herencia o legado, en defecto de otra persona, o después de ella. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN³⁴ clasifican las sustituciones en *directa*, uno por otro (sustituir a uno en defecto de otro) o *indirecta*, uno después de otro³⁵. Aunque las sustituciones se pueden clasificar de diversas maneras, nos interesa la clasificación que hace el CC, distinguiendo y regulando cuatro clases: simple o vulgar, ejemplar, pupilar y fideicomisaria. Por medio de su estudio, veremos cuáles son las sustituciones adecuadas para proteger al hijo con discapacidad.

La *sustitución vulgar* aparece regulada en el art. 774 CC, y es aquella situación en la que el testador, libremente, nombra un sucesor en primer término y, para el caso de que no llegue a serlo, otro que le sustituya, sucediendo *en vez de aquel*³⁶. De esta forma, si el primer nombrado (instituido) no hereda, la herencia se defiende al segundo (sustituto), siendo una institución normal la del primero y una institución condicional la del segundo³⁷.

Al sustituto se le puede nombrar para que herede *en cualquier caso* no herede el instituido, o para que herede cuando el instituido no lo hace *por cierta causa*: premoriencia, repudiación de la herencia o concurrencia de causa de indignidad³⁸. Para el caso de que se nombre sustituto por cierta causa, si el instituido no hereda por causa diferente, la herencia no irá para el sustituto, sino para los herederos intestados. El sustituto es llamado en las mismas condiciones en que lo era el instituido, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa o que los gravámenes o condiciones sean personales (art.780 CC). Ante la enfermedad grave de uno de los hijos y siendo previsible su muerte (premoriencia) el progenitor puede introducir en su

³³ Introducimos una definición unitaria de la sustitución hereditaria siendo conscientes que es una yuxtaposición de elementos definitorios de cada modalidad de sustitución.

³⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 2, Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, 4, Madrid 2012, p. 94.

³⁵ Podemos también clasificar las sucesiones en *subsidiaria* (directa) y *sucesiva* (indirecta).

³⁶ ALBALADEJO, op. cit., p. 266.

³⁷ Consistiendo la condición en que el instituido no sea heredero y aplicándose a la sustitución vulgar las reglas de la institución condicional.

³⁸ ALBALADEJO distingue los casos en los que es querido el sustituto en defecto del instituido en dos categorías: *casus noluntatis* (no querer: repudiar) y *casus impotentia* (no poder: premoriencia e indignidad).

testamento una sustitución vulgar de forma que nombre sustitutos a sus tres nietos en el tercio de legítima.

Estudiamos de forma conjunta la *sustitución pupilar y ejemplar*³⁹ pues, aunque se apliquen a situaciones diferentes, su fundamento es el mismo. La figura original es la *sustitución pupilar* que, aunque no sea una sustitución del tipo vulgar, tradicionalmente se ha estudiado junto a ella. Realmente es una excepción a la regla de que el testamento es acto personalísimo (art.670 CC). Por medio de ella, los padres o ascendientes están autorizados a *testar por* el menor de 14 años para el caso de que muera antes de llegar a esa edad (art.775 CC). La *sustitución ejemplar* de igual forma permite a padres o ascendientes a *testar por* otra persona, pero aquí es el mayor de 14 años declarado incapaz por enajenación mental (art.776 CC).

De la definición queda claro que la sustitución ejemplar-pupilar no es realmente una disposición testamentaria (como la herencia), sino un caso de testamento hecho por otra persona (padres o ascendientes). Dicho testamento será nulo, además de por las causas generales, cuando el menor de catorce años no muera antes de alcanzar tal edad o si la incapacitada testa en intervalo lúcido o tras recobrar la razón⁴⁰.

Centrándonos en la sustitución ejemplar, por ser la referida a los incapacitados, corresponde preguntarse si el descendiente debe estar incapacitado judicialmente en el momento en el que el ascendiente teste por él, o no. Se trata de un debate de gran repercusión en el estudio de la figura. Encontramos dos opiniones: 1) aquellos que sostienen que el descendiente ha de estar perturbado cuando el ascendiente teste por él, pero para que valga la institución se debe incapacitar judicialmente, aunque sea posteriormente y 2) otros que exigen que la incapacitación judicial esté hecha antes de que el ascendiente teste por su descendiente⁴¹. La doctrina y la reciente jurisprudencia se inclinan por la primera opinión, pues la exigencia de previa incapacitación no obedece a ninguna finalidad práctica. En conclusión, deberá incapacitarse al descendiente para que opere la sustitución, aunque sea en momento posterior. Cabría preguntarse qué sería preferible *de lege ferenda*.

³⁹ Llamada así porque se introdujo a *ejemplo* de la pupilar.

⁴⁰ El artículo 664 del CC establece que “*el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido*”.

⁴¹ En apoyo a la segunda opinión cabría aludir a la literalidad del precepto: «...*haya sido declarado incapaz por enajenación mental*», entendiéndose que el descendiente deba estar *ya* incapacitado para que el ascendiente teste por él. ALBALADEJO, op. cit., pp 273 a 274.

En cualquier caso, la sustitución ejemplar está desempeñando una función de cuidado de la persona, ya que incide en su protección personal. Se da la posibilidad de suplir la falta de *testamentifactio activa* que tenga el hijo. Además, se asegura que el patrimonio del hijo incapacitado quede protegido y en buenas manos tras su muerte, al determinarse la trayectoria del destino de los bienes del incapaz por quien haya sido designado sustituto, evitándose la apertura de la sucesión intestada respecto de las personas que carecen de capacidad para otorgar testamento⁴². Por todo ello, defendemos que la sustitución ejemplar sea un mecanismo adecuado para contribuir no solo al amparo patrimonial, sino también personal del hijo discapacitado. Su habitual utilización en la práctica evidencia su utilidad.

Por último, estudiamos la *sustitución fideicomisaria* cuyos antecedentes se remontan a la Roma del S.I a.C⁴³. Su interés radica en haber sido elegida como medio para proteger a los incapacitados y como vía para gravar la legítima estricta, rompiendo así el principio de intangibilidad de la legítima.

ALBALADEJO define la sustitución fideicomisaria como aquella situación en la que el testador nombra a uno *para después* que lo haya sido otro⁴⁴. El testador ordenante de la sustitución se denomina *fideicomitente*, el primer heredero, *fiduciario*, y el segundo, *fideicomisario*. Tanto fiduciario como fideicomisario son verdaderos herederos del fideicomitente, de forma que el fiduciario no recibe la herencia con un encargo⁴⁵ de transmitirla -como podríamos pensar de la lectura directa del precepto- sino que la recibe con un gravamen: el derecho del fideicomisario de recibirla cuando concluya el tiempo durante el que la herencia *era* del fiduciario. El fideicomisario es llamado a ser heredero *después*, y es ese derecho lo que

⁴² AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Ed. Reus, 1ª ed., Madrid, 2018, p.12.

⁴³ OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.957, p. 266: «La sustitución fideicomisaria tiene su antecedente en el fideicomiso romano, y especialmente en una modalidad de éste, el *fideicommissum familiae relictum*». Sin embargo, la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso no deben confundirse.

⁴⁴ Por ejemplo: “Sea A mi heredero mientras viva, y a su muerte pase mi herencia (toda o parte de ella) a B”.

⁴⁵ De la lectura del precepto podemos pensar que la “obligación de conservar” es un elemento esencial e imprescindible de la sustitución fideicomisaria. Sobre esta cuestión se pronuncia Don Jerónimo González haciendo un análisis lingüístico del precepto. El mismo resuelve la problemática poniendo de manifiesto que al no haber una coma tras la tercera palabra del artículo: “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”, hay que entender que se trata de un tipo concreto de sustitución fideicomisaria, aquella en la que se obliga a conservar la herencia. Si el legislador hubiera querido definir las sustituciones fideicomisarias en general, hubiera incluido una coma después de fideicomisarias. Sin embargo, autores como VALLET afirma que el deber de conservar es una característica “natural”, que debe entenderse como regla general.

constituye la limitación de la herencia que recibe el primer heredero, el fiduciario⁴⁶. Puede fijarse en función de un término o condición. Generalmente será en función de un término, concretamente la muerte del fiduciario (un hecho cierto). En caso de que se fije en función de una condición, la misma será el hecho incierto y futuro que determine el testador⁴⁷.

La *sustitución fideicomisaria especial*⁴⁸ fue introducida por la Ley 41/2003 para proteger a los incapacitados por sentencia judicial. No es aplicable, por tanto, a todos los discapacitados en general⁴⁹, a pesar de que la ley fuese diseñada para ellos. Ya de entrada el legislador excluye a quienes pretendía amparar.

En síntesis, la nueva redacción de los arts. 782, 808.3 y 813 CC permite que la legítima pueda gravarse con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente. Se trata de una facultad del testador, por lo que la efectiva protección del incapacitado por esta vía depende exclusivamente de que los padres así lo quieran. La *conditio iuris* de la norma es la incapacitación del hijo o descendiente, lo que a nuestro parecer supone una limitación a la aplicación de esta figura, quizás perseguida por el legislador. A lo que se añade que solo se pueda constituir por padres o ascendientes (fideicomitentes) respecto de sus hijos o descendientes, pudiendo ser solo fiduciarios aquellos. Con todo ello, el legislador está introduciendo una figura con grandes implicaciones y consecuencias jurídicas, a priori positivas, pero restringiendo al máximo su aplicación para que se use lo menos posible.

Esta sustitución, además, supone un medio para gravar la legítima estricta (art. 782 CC). La regla general que rige el Derecho Sucesorio es el principio de *intangibilidad de la legítima* (art. 813 CC), al que ya hemos hecho mención y que prohíbe al testador privar a los herederos de su legítima (salvo en los casos determinados por la ley) e imponer sobre ella gravamen, condición o sustitución (salvo lo establecido en el art. 808 CC, que no es otro que el de la

⁴⁶ ALBALADEJO, op. cit., p. 277.

⁴⁷ Por ejemplo, se establece que, si sucede cierto suceso, a partir de que acontezca, la herencia será para el fideicomisario. Un caso frecuente de condición es que el testador disponga que llama fideicomisario a B, sólo si el fiduciario muere sin tener hijos.

⁴⁸ Calificada por nuestra doctrina de especial por el colectivo de personas al que protegen y por el nuevo alcance que se le concede, al permitir por primera vez gravar la legítima estricta.

⁴⁹ La Ley 41/2003 se crea para proteger al discapacitado, por lo que no tendría sentido que sus previsiones no protegieran al incapacitado que seguramente sea discapacitado en los porcentajes previstos por ley (art.2.2). Lo que no tiene duda es que la sustitución fideicomisaria se dirige exclusivamente a los incapacitados y no cabe otra interpretación (la mayoría de los autores lo apoyan y el borrador de la ley que hizo la Fundación *Aequitas* pretendía que solo fuese para los discapacitados, pero el legislador se opuso).

sustitución fideicomisaria). En esta línea DÍAZ ALABART entiende que «una de las características esenciales de la legítima, la imposibilidad de gravarla, su intangibilidad, desaparece para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados»⁵⁰.

Por medio de la sustitución, el hijo o descendiente incapacitado se convierte en fiduciario y el resto de los herederos forzosos en fideicomisarios. BOLÁS ALFONSO (Notario y Ex Presidente del Consejo General del Notariado) explica que con ello se produce un aplazamiento en la entrega de la legítima estricta, ya que los coherederos forzosos (fideicomisarios) no gozarán ni dispondrán de su legítima estricta hasta el fallecimiento del fiduciario⁵¹. Dicho aplazamiento puede durar años, sobre todo, gracias a los avances médicos y científicos que prolongan cada vez más la vida de los discapacitados. También supondrá un aplazamiento de la entrega de la legítima estricta el mecanismo del art. 831 CC, que veremos con detalle en el siguiente epígrafe.

A su vez, la sustitución fideicomisaria especial permite una mayor protección del hijo o descendiente incapacitado al dar al padre más libertad a la hora de testar. En este sentido, coincidimos con ALBALADEJO⁵² quien sostiene que «con la posibilidad de la creación del fideicomiso a favor del incapacitado, se persigue dar la libertad al ascendiente de que deje a aquél más medios de los que podría sin la sustitución fideicomisaria, para atender los, sin duda, mayores gastos y menores ingresos que el interesado tendrá por su incapacidad».

Por otro lado, la sustitución no será impugnabile por los legitimarios, que tendrán la condición de fideicomisarios durante la vida de esta persona. Ello supone la posibilidad de nombrar heredero sobre la totalidad de la herencia a una persona judicialmente incapacitada, aunque tenga hermanos o sobrinos (lo cual supondría, de no existir esta excepción, un perjuicio de la legítima de éstos últimos) siempre que se establezca que a la muerte de la persona incapacitada pasen los bienes que corresponderían a la legítima de cada uno a esos otros legitimarios (art. 808 CC tras la redacción dada por esa ley)⁵³.

⁵⁰ BOTELLO HERMOSA P, *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las figuras más importantes del Derecho sucesorio español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente*, Universidad de Sevilla, 2015/2016, p 323.

⁵¹ Referencia: <https://www.lacaciabogados.com/proteccion-patrimonial-personas-discapacidad/>

⁵² ALBALADEJO, op. cit., p. 40.

⁵³ Guías sobre herencias y legados: Disposiciones a favor de las personas con discapacidad. Referencia: [<https://consaludmental.org/publicaciones/Guiasobreherenciaslegados.pdf>]

Pese a que la finalidad del legislador es más que loable, la figura goza de una opinión negativa en la doctrina, al considerar que técnicamente las normas «dejan demasiados márgenes a la incertidumbre⁵⁴». La consecuencia de la deficiente redacción de la figura es que las personas incapacitadas no quedan protegidas de forma completa y que su uso en la práctica sea anecdótico.

3.2.3. *Fiducia sucesoria (art. 831 CC) y su problemática.*

Fiducia del latín *fides*⁵⁵ significa fe, confianza. En este apartado explicaremos la figura regulada en el art. 831 CC denominada fiducia sucesoria, que tiene su fundamento en la *fides* o absoluta confianza que un progenitor tiene en el otro. El interés por su estudio radica en que, con la última reforma del precepto de la mano de la Ley 41/2003 se convierte en un mecanismo indirecto para proteger el patrimonio de un hijo o descendiente discapacitado. Veremos realmente si ello supone una novedad para nuestro sistema y qué problemática encierra la figura dada su nueva redacción.

El vigente art. 831 CC encuentra su origen prelegislativo en el art. 663 del Proyecto de Código Civil de 1851⁵⁶. Dicho artículo establecía unos requisitos que limitaban su aplicación por su rigurosidad: 1) delegación de facultades pactada exclusivamente en capitulaciones matrimoniales, 2) muerte intestada, 3) hijos mejorados comunes y 4) respeto de las legítimas. GARCÍA GOYENA considera que la inspiración del precepto es claramente foralista⁵⁷, aunque constituye una figura autónoma elaborada por la aproximación entre los Regímenes forales y el Derecho Común. Posteriormente, la redacción definitiva del Código Civil de 1889 adoptó una redacción muy similar a la del art. 663 del Proyecto. Esta figura tenía como objetivo

⁵⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M “El gravamen de la legítima en el Código Civil: situación tras la reforma de este por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista jurídica del Notariado*, n. 53, 2005, pp.113 a 160.

⁵⁵ La *fides* en el sistema del Derecho Romano era la lealtad en el cumplimiento de lo prometido, la conciencia del deber de corresponder la confianza que otro depositaba en uno, en definitiva, el respeto a la palabra, al entregarse a su lealtad como hombre honrado, siendo de una importancia tal para los romanos que aun estando el fideicomiso falto de sanción jurídica y de propia obligatoriedad, el encargo se cumplía en la gran mayoría de supuestos.

⁵⁶ La redacción original del artículo 663 del Proyecto de Código Civil de 1851 es: «*Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto*».

⁵⁷ GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357, comentando el precepto afirma que «en casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro».

establecer una institución que fortaleciera la posición del cónyuge viudo, contribuyendo al mantenimiento de la paz familiar.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, reformó el art. 831 CC dotándolo de una nueva redacción⁵⁸. La reforma sin afectar a la finalidad originaria introdujo tres modificaciones: 1) aplicación tanto para sucesión testada como intestada, 2) en testamento o capitulaciones matrimoniales, 3) establecimiento de un plazo para ejercitar las facultades fiduciarias. A pesar de aumentar las posibilidades y el alcance de la norma, continuó siendo una figura de escasa utilización en la práctica testamentaria. Finalmente, la Ley 41/2003, introdujo la última modificación del artículo, dándole una redacción larga, desmesurada y reglamentista⁵⁹. A continuación, pasaremos a comentar las novedades introducidas en la redacción vigente, la finalidad y alcance de la norma, para finalmente acabar con un comentario de una reciente sentencia del TS en relación con el art. 831 CC.

Atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 se reforma el art. 831 CC «con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad», confiriendo «facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Teniendo en cuenta las previas redacciones en relación con la vigente, ni se está creando una nueva figura, ni se aporta una nueva finalidad, pues la protección de los discapacitados podía llevarse a cabo anteriormente (ya que se aludía a los hijos comunes en general, pudiendo proteger tanto al discapacitado como al que no lo fuese). Además, se pasa de una figura regulada en dos párrafos a una redacción de seis apartados y once párrafos, entre los que no hay reglas específicas sobre los discapacitados.

⁵⁸ Artículo 831 tras reforma de 1981: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiese señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

⁵⁹ PÉREZ VELAZQUEZ J.P, “Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código Civil. Aporías de su actual redacción”. *Anuario de Derecho Civil*, v. 72, n. 4, 2019, pp. 1141 a 1143.

En resumen, la reforma trae más complejidad y menos claridad. Vamos a ver qué novedades introduce la Ley 41/2003 en la figura:

- Solo se pueden conceder las facultades fiduciarias en testamento. Además, se podrán conferir no sólo al cónyuge, sino también a la persona con la que se tenga descendencia común, configurando de este modo una fiducia unilateral⁶⁰.
- Las facultades encomendadas no se reducen solo a la facultad de mejorar, sino que también el fiduciario puede disponer del tercio de libre disposición y, en general, realizar atribuciones o adjudicaciones de bienes concretos. Sobre el modo de ejercer las mencionadas facultades, se establece que sea en uno o varios actos, ya sean simultáneos o sucesivos, lo que en la práctica significa que el cónyuge viudo decidirá si hacer la partición de la herencia a la apertura de la sucesión o en un momento posterior. La importancia de ello, en atención a la protección del hijo discapacitado, radica en que el cónyuge actuará atendiendo a las circunstancias vitales del hijo discapacitado y su previsible evolución. En consecuencia, habrá bienes adjudicados y otros pendientes. De esta diferencia se hace eco el apartado 2º: «Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior».
- El plazo para ejercitar las facultades conferidas será, en caso de que se realicen *inter vivos*, el fijado por el testador, y en defecto, dos años desde la apertura de la sucesión o la emancipación del último hijo común. Para el caso de que ejercite sus facultades en testamento, tendrá toda la vida.
- En relación con el respeto de las legítimas de los hijos o descendientes comunes (apartado 3º de la norma), aunque ya desde su origen se establece dicha obligación, se introduce con la reforma dos cuestiones: cuándo se entienden respetadas las legítimas y qué sucede en el caso de que no se respeten.

⁶⁰ En redacciones anteriores tan solo se podían conceder las facultades sucesorias al cónyuge, es decir, debía haber vínculo matrimonial. En la actualidad, el fundamento de la institución es la relación de confianza entre los progenitores, sin necesidad de vínculo matrimonial.

Atendiendo a la letra del precepto «se entenderán respetadas las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas⁶¹, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades».

De no respetarse las legítimas el legislador introduce la *acción de rescisión* en favor del descendiente perjudicado (por medio de la cual solicitará la rescisión de los actos del cónyuge). El orden de los hechos sería: 1º apertura de la sucesión, 2º adjudicaciones decididas por el viudo y 3º posible rescisión de dichas adjudicaciones si impiden el pago de la legítima estricta. En consecuencia, debe interpretarse el artículo entendiéndose que el pago de la legítima no debe hacerse en la apertura de la sucesión, pues de otro modo la acción de rescisión no tendría sentido. Es por ello por lo que la protección de la legítima por medio de una acción de rescisión supone una alteración del sistema. Respecto al momento del pago de la legítima hablaremos más adelante a raíz de una reciente sentencia del TS.

Todas estas novedades, junto con la complejidad de la institución, sitúan la figura en una posición delicada en cuanto a su uso práctico. Además, la deficiente y extensa redacción legislativa trae consigo lagunas y dudas interpretativas todavía no resueltas.

Apuntábamos anteriormente que la finalidad de la norma no era la protección patrimonial de los discapacitados, sino su origen. Entonces, *¿qué finalidad persigue la norma?* Como apunta la Exposición de Motivos, *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 la persona con discapacidad.* El mecanismo del artículo 831 supone un aplazamiento en la entrega de la legítima de los coherederos para asegurar que en el presente y futuro, el hijo con discapacidad dispone de un patrimonio suficiente para atender a sus necesidades vitales. Esta posibilidad de dilatar en el tiempo la partición de la herencia es de nuevo una alteración en el régimen de legítimas. Pero *¿cómo está alterando el legislador el sistema de legítimas en el art. 831 CC?*

⁶¹ La STS, Sala primera de lo Civil, de 24 de mayo de 2019 (rec. 845/2016, Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA. N° de Sentencia 239/2019) entiende que, siguiendo un criterio gramatical, se entenderán suficientemente satisfechas cuando sean pagadas por entero.

Por un lado, en relación con *cómo se puede pagar la legítima*. Según la literalidad de la norma las legítimas se entienden satisfechas, aunque en todo o parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades fiduciarias (art. 831.3, párrafo 3º). Sin embargo, en el Derecho Común la legítima se constituye como *pars bonorum*, como una parte del haber hereditario (art.808.1 CC).

Por otro lado, respecto a *cuándo pagar la legítima* nos encontramos con una cuestión en debate, debido a la laguna que deja la norma. Sobre ello se pronuncia la Sala de lo Civil del TS en la STS 293/2019, de 24 de mayo, suponiendo un duro golpe a las expectativas generadas por el art. 831 CC.

Los hechos se resumen en que el testador fallece dejando viuda y dos hijos. Otorga testamento disponiendo que para el caso de que le sobreviva su esposa se acoge a la fórmula del art. 831 CC⁶². Uno de los hijos interpone demanda contra la herencia yacente del testador solicitando entre otras cosas el pago de la legítima estricta. En primera instancia la demanda se desestima al entenderse que las cláusulas testamentarias son claras y se amparan en el art. 831 CC. Frente a ello, se interpone Recurso de Apelación que es estimado parcialmente. Respecto a la interpretación del art. 831 CC que se hace en relación con el momento de pago de la legítima, interesa destacar que la Sala entiende que «no puede diferirse *sine die* a que el cónyuge viudo ejecute la fiducia para que los descendientes comunes que sean legitimarios puedan recibir la legítima estricta a la que tienen derecho⁶³». Ello lo sustenta en dos razones: 1) interpretación gramatical de las palabras “resulten suficientemente satisfechas” en virtud del art. 3.1 CC. “Satisfechas” del latín *satisfacere* que es pagar enteramente lo que se debe. Respetar la legítima es pagarlas por entero y 2) sistematización del contexto interpretativo y finalidad jurídica de la norma⁶⁴, que implica que, aunque el principio de autonomía de la voluntad del testador sea fundamento de la sucesión testada, no tiene carácter absoluto puesto que tiene el límite del art. 808 CC, esto es, la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la

⁶² En virtud de dicho artículo, la viuda podrá, atendiendo a las circunstancias de la vida y las necesidades de sus hijos, realizar a favor de ellos mejoras, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos y la partición hereditaria. La viuda decidirá el momento oportuno para ejercitar esas facultades, sin estar sujeta a plazo alguno, pudiendo ejercitarlos en su propio testamento.

⁶³ Fundamento de derecho primero de la STS, Sala primera de lo Civil, de 24 de mayo de 2019 (rec. 845/2016, Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA. Nº de Sentencia 239/2019).

⁶⁴ Criterio de interpretación del TS en la Sentencia de 28 de abril de 2015.

legítima. Si se dilata el pago de la legítima se está imponiendo un gravamen contrario al artículo 813 del CC. Por todo ello, la legítima estricta debe abonarse en la apertura de la sucesión.

Por último, frente a la sentencia de apelación, la viuda interpone Recurso de Casación, denunciando infracción del art. 831 CC (en relación con el momento de pago de la legítima estricta) al interpretar que es cuando se ejerciten las facultades fiduciarias y no antes.

El motivo denunciado es desestimado en Casación por las siguientes razones: 1) silencio de la norma respecto al momento de pago, 2) no hay doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que aporte una previa fundamentación y 3) la interpretación de la norma queda sujeta a los principios del Derecho Sucesorio del CC. La legítima estricta es un derecho básico del legitimario que no puede quedar sujeto a plazos por el testador (arts. 806, 808 y 815 CC).

En definitiva, en virtud de los pronunciamientos del TS la legítima debe pagarse una vez abierta la sucesión sin excepción de plazo. Como decíamos, todo ello, supone un golpe a las expectativas generadas por la norma, pues a priori, permite el retraso en el pago de la legítima en aras de asegurar el patrimonio del discapacitado y en previsión de sus circunstancias futuras, pero atendiendo a los pronunciamientos no va a ser posible.

A nuestro parecer, la norma es más clara de lo que estima el TS, ya que no guarda silencio, puesto que claramente dice que se *entienden respetadas las legítimas cuando sean suficientemente satisfechas, aunque en todo o parte lo hayan sido con bienes pertenecientes al fiduciario* y teniendo en cuenta la Exposición de Motivos y el contexto de la ley, el objetivo de suavizar el sistema de legítimas y retrasar el momento de la partición de la herencia para proteger al discapacitado. Sin embargo, aceptar el retraso en el pago implica cambios en el sistema tradicional.

3.2.4. Planificación económica y patrimonial para proteger a un familiar y asegurar que sus necesidades estarán cubiertas en el futuro:

Además de las mencionadas, el Derecho ofrece otro tipo de recursos que protegen y benefician a personas discapacitadas. Se trata de que los padres se anticipen, planificando los recursos económicos y patrimoniales con los que contará su hijo discapacitado:

Contrato de renta vitalicia: por el que los padres, o cualquier allegado, transfieren el dominio de bienes muebles o inmuebles, o capital metálico, a cambio de la obligación del

deudor a pagar una renta o pensión anual a su hijo con discapacidad mientras viva (arts. 1802 a 1808 CC). En caso de incapacitación judicial, la pensión será cobrada por el representante legal del hijo y éste la destinará para cubrir las necesidades y gastos del discapacitado.

*Contrato de alimentos*⁶⁵: muy similar al anterior, pero en este caso se trata de una cesión de bienes a cambio de una prestación de alimentos. La otra parte se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al discapacitado durante toda su vida (arts. 1791 a 1797 CC).

Estos contratos (de renta vitalicia o de alimentos) se pueden hacer, por ejemplo, entre los padres y otro hijo, o entre los hermanos del discapacitado, o bien con la persona a quien se encomiende la tutela, o una Fundación Tutelar, etc.

Seguros de vida: contratar un seguro de vida que garantice al hijo una renta o una pensión vitalicia para el día que los padres fallezcan. Existen un sinnúmero de modalidades que se amoldarán a cada situación en particular.

*Planes de pensiones y otros sistemas de previsión social*⁶⁶: la Agencia Tributaria contempla condiciones especiales y ventajas adicionales para discapacitados. Las aportaciones las podrá hacer tanto la persona discapacitada como sus parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, el cónyuge o quienes tengan la tutela. Las personas con discapacidad podrán aportar como máximo 24.250 euros anuales y sus familiares, 10.000 por persona. La aportación conjunta (entre la persona con discapacidad y los familiares) no podrá superar los 24.250 euros.

3.2.5. Legado o donación de un derecho de habitación (art. 822 CC)

Tras la aprobación de la Ley 41/2003 también se modificó el contenido del art. 822 CC ampliando la protección patrimonial directa de las personas con discapacidad⁶⁷, mediante la

⁶⁵ Diferente a la obligación legal de alimentos entre parientes, regulada en los arts. 142 a 153 CC, ya que, aunque las dos tengan la misma finalidad, ésta es obligatoria por ley y aquél se trata de un contrato voluntario entre partes.

⁶⁶ Tales como: Mutualidades de Previsión Social, Planes de Previsión Asegurados, Planes de Previsión Social Empresarial. Reducciones por aportaciones realizadas a Planes de Pensiones, Mutualidades de Previsión social y demás.

⁶⁷ Se entenderá conforme al art. 2.2 de la Ley 41/2003.

concesión de un trato favorable respecto de las donaciones o legados de un derecho de habitación⁶⁸ (Exposición de Motivos VII).

El causante puede disponer de los derechos reales que le pertenezcan, mediante la constitución de un legado o la configuración de un derecho legal concreto⁶⁹ a favor de un legatario. El legado es una liberalidad que el testador hace en favor de una persona, que lo recibe a título singular, sin llegar a ser heredero, entregándole alguno/s de sus bienes o derechos. Son muchos los tipos de legados que el CC acepta y deberán otorgarse mediante testamento.

La particularidad del derecho de habitación concedido (bien sea por donación, legado o ministerio de la ley) es que no se computará para el cálculo de las legítimas, rompiendo así con el principio de la intangibilidad de la legítima estricta⁷⁰.

En general, cuando concurren varios herederos en 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* en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición (art. 1035 CC). En este sentido, se deja fuera del cómputo el valor de la donación (en principio colacionable⁷¹) del derecho de habitación que se recoge en el artículo en cuestión. Tampoco será entendida como una posible reducción por inoficiosidad⁷² debido a que en nunca se la tuvo en cuenta. Por otro lado, en cuanto al tratamiento de los legados hay que tener en cuenta que tienen un régimen diferente al de las donaciones, no se computan para el cálculo de las legítimas por formar directamente parte del caudal relicto, sino que, se procedería a una reducción de los mismos a petición de los herederos forzosos, si menguara la legítima como establece el art. 817 CC⁷³.

⁶⁸ El art. 524 párrafo segundo CC señala que “el titular del derecho de habitación tiene la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”.

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A., op. cit., p. 385.

⁷⁰ BOTELLO HERMOSA, P.I., “La importancia actual del artículo 822 del Código Civil español y su falta de reforma en el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad1”, *Pensar*, v. 24, n. 4, 2019, p. 3.

⁷¹ La regla general obliga a computar las donaciones y legados hechos por el testador para calcular la cuantía de las legítimas. En este sentido, el art. 818 CC señala que “para fijar la legítima (...) al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables” y el art. 819 CC concreta que “las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima”.

⁷² El art. 817 CC señala que “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”.

⁷³ BOTELLO HERMOSA, P.I., “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”, *Dialnet. Anuario de Derecho Civil*, v. 71, n. 2, 2018, p. 357.

El artículo en cuestión distingue dos posibilidades para su aplicación: 1º de forma voluntaria por medio del negocio jurídico “inter vivos” (donación) y 2º mediante el derecho de habitación que surge por ministerio de la ley (legado legal)⁷⁴.

Apartado primero: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual se puede configurar como una donación o legado en favor de una persona discapacitada, legitimaria o heredera forzosa, que estuviera conviviendo con el donante o causante en el momento del fallecimiento y, concurriendo dichos requisitos, quedaría fuera del cómputo para el cálculo de la legítima. Son, por tanto, requisitos: la *discapacidad* - el donatario o legatario ha de ser una persona discapacitada - la *legitimidad* - el donatario o legatario ha de ser legitimario o heredero forzoso (art. 807 CC) - y la *convivencia* - entre el discapacitado y el testador, y se entiende por “convivencia” la vida en común, que solo se exige al tiempo de la muerte del testador⁷⁵.

Apartado segundo: la atribución de este legado se hará por ministerio de la ley a favor del legitimario discapacitado que lo necesite. Al igual que el anterior, tampoco computará para el cálculo de la legítima, siempre y cuando concorra la condición de legitimario del discapacitado, la convivencia y, en este caso concreto, que el testador no haya dispuesto otra cosa o lo haya excluido expresamente. En cualquier caso, el titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. En este apartado se incluye un requisito adicional: la *situación de necesidad*⁷⁶. Se entiende una situación tal aquella en la que el discapacitado no disponga de otra vivienda, carezca de bienes suficientes para cubrir esa necesidad (mediante arrendamiento o adquiriendo una nueva) o, teniendo el discapacitado una vivienda propia, esta no sea adecuada para su situación particular especial.

Asimismo, todo lo anteriormente señalado se circunscribe a la *voluntad contraria del testador*. El autor SERRANO GARCÍA señala que «en este 822.II encontramos otro ejemplo de deficiencia, porque resulta sumamente ambiguo lo que se pueda entender con la frase de que el testador haya dispuesto otra cosa. Puede pensarse en una disposición testamentaria de la propiedad o del usufructo de la vivienda habitual, en cuyo caso, evidentemente, el derecho de

⁷⁴ MORALES FERRER, S., *EL concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, Valencia, 2012, p. 379.

⁷⁵ MARTÍ SALORIO, C., *Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 en Derecho de Sucesiones. La protección patrimonial del discapacitado*, Madrid, 2018, p. 44.

⁷⁶ BOTELLO, *Importantes incertidumbres jurídicas...* op. cit., p. 357: «Dicha “necesidad” no se exige en los casos en los que sea el propio causante quien done o legue el derecho de habitación (art. 822 párrafo primero), es decir, 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».

habitación carece de sentido, al tener la titularidad de mayores facultades que la que otorga el derecho de habitación»⁷⁷.

En términos generales vemos que la finalidad del precepto es evitar que la muerte del causante suponga para la persona con discapacidad el desalojo de la que, hasta el momento, había sido su vivienda habitual. Sin embargo, y por la simple introducción del requisito de convivencia, la realidad sobre la que se constituye dicho derecho toma partido en situaciones con un alto grado de discapacidad, en las que necesariamente la persona con discapacidad precisara de esa convivencia por pura necesidad. Pudiendo llegar incluso a considerarse incompatible con la vida autónoma e independiente que enuncia la Convención de NY⁷⁸.

Además de los requisitos de discapacidad, legitimidad, convivencia y estado de necesidad requeridos para el donatario o legatario, la jurisprudencia ha especificado otras condiciones para la aplicación del precepto:

- El donante o testador ha de ser *titular de la vivienda* y tener, por tanto, un poder de disposición sobre la misma. La doctrina ha rechazado que pueda considerarse al usufructuario o al heredero fiduciario por falta de poder de disposición⁷⁹.
- El derecho se tiene que constituir sobre la *vivienda habitual* y no en otra, como sería el caso de una segunda residencia utilizada en periodo vacacional (por más que hayan convivido en ella y el fallecimiento se produzca durante dicho periodo). Según el autor BOTELLO HERMOSA, y con el que estamos de acuerdo, «el legislador no ha estado muy acertado» ya que ni permite al donante elegir libremente sobre qué inmueble quiere otorgar el derecho⁸⁰ y ni tampoco ha especificado qué entiende por vivienda habitual.
- En tercer lugar, el derecho de habitación concedido al legitimario discapacitado será *intransmisible* (art. 822 apartado tercero CC). O lo que es lo mismo, aplicar la regla

⁷⁷ MORALES, op. cit., p. 382

⁷⁸ BOTELLO, *Importantes incertidumbres jurídicas...* op. cit., p. 353

⁷⁹ MARTÍ, op. cit., p. 44. DÍAZ ALABART, S., “La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de Sucesiones”, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1 a 15.

⁸⁰ BOTELLO, *Importantes incertidumbres jurídicas...* op. cit., p. 352. Concretamente describe el siguiente ejemplo: «Imaginemos 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».

general contenida en el art. 525 del CC que prohíbe arrendar el referido derecho o traspararlo por cualquier clase de título.

- El último párrafo del art. 822 CC dispone que los derechos del cónyuge viudo regulados en los artículos 1406⁸¹ y 1407⁸² del CC, coexistirán con el de habitación.

En este caso, el Anteproyecto de Ley de 2018 también da una nueva redacción al art. 822 CC, donde se vuelve a hacer alusión al concepto “desenvolverse de forma autónoma” sin matizar la cuestión. De la deficiencia tecno-jurídica dada por el legislador en la actual redacción, a la casi igual deficiencia de la nueva y que, en general, genera dudas respecto su alcance, no le vemos ningún tipo de ventaja ni sentido.

3.3.6. Causas de indignidad (art. 756.7 CC) y desheredación. Indignidad para suceder al discapacitado por no haber prestado alimentos (atenciones debidas).

Las causas de indignidad aparecen reguladas en CC bajo la rúbrica “De la capacidad para suceder por testamento y sin él”. En dicha Sección, y con carácter previo al desarrollo de las causas de indignidad, se presentan la *incapacidad absoluta o erga omnes* (art. 745 CC)⁸³ y las diversas causas de *incapacidad relativa o intuitu personae* (arts. 752 a 754 CC) para suceder. Las causas de indignidad se presentan como un *numerus clausus* (art. 756 CC)⁸⁴ y son definidas por ALBALADEJO como la tacha con la que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables y en virtud de los cuales su autor queda inhabilitado para ser sucesor, testado o intestado, y lo mismo a título de heredero que de legatario, del causante que los padeció. Y añade que, puesto que el indigno no puede suceder, pierde también el derecho a la legítima que tuviese contra el causante⁸⁵.

⁸¹ 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.».

⁸² 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.».

⁸³ Aunque más que de una incapacidad sería mejor hablar de una inexistencia de capacidad sucesoria (art. 744) para la que se exigen una serie de requisitos: ser persona física o jurídica (y tener, por tanto, capacidad jurídica) y sobrevivir al causante. En el caso del art. 745 no existe ni capacidad, ni siquiera persona que sea incapaz. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas”, *Revista de Derecho UNED*, n.1, 2006, p. 172.

⁸⁴ El art. 756 del CC determina que se podrá incurrir en “incapacidad de suceder por causa de indignidad” por las siguientes razones: por razón de moralidad (apartado 1º), por razón de la comisión de un delito (apartados 2º, 3º y 4º) por razón de ser atentados a la libertad de testar (apartados 5º y 6º) y por razón de discapacidad (apartado 7º)

⁸⁵ ALBALADEJO, op. cit., p. 85.

La relación entre indignidad e incapacidad no suscita opiniones del todo concordantes en la doctrina⁸⁶. Atendiendo a la literalidad de la expresión “son incapaces para suceder por causa de indignidad”, surge la duda de si la indignidad para suceder es una especie de incapacidad o si, por el contrario, son dos conceptos distintos⁸⁷. Sin entrar en debate podemos concluir que ambas tratan de impedir que un heredero entre en posesión de la herencia, tienen un *carácter relativo* (es decir, se establecen respecto de un causante en concreto y no sobre todos los testamentos en general) y en ambos casos es necesario interponer una *acción judicial* para que la persona sea declarada como tal. Por otra parte, a diferencia de la indignidad, las incapacidades relativas no pueden ser removidas por el testador y sólo pueden darse en supuestos de sucesión testada.

La importancia práctica de esta materia en el ámbito de la discapacidad es la introducción a través de la Ley 41/2003 de una nueva causa de indignidad y a la que en este caso concreto nos referiremos⁸⁸: “la indignidad para suceder a una persona discapacitada⁸⁹ por no haberle prestado las atenciones debidas” (art. 756. 7º CC); situación que, antes del 2003, solamente podía ser considerada como causa de desheredación (“negativa de alimentos”, arts. 853.1, 854.2 y 855.3 CC). Para entender el cambio que esto supone, es necesario llevar a cabo una comparativa entre ambas figuras:

En primer lugar, en la desheredación se incluye la dispensa del motivo legítimo⁹⁰, y no así en las causas de indignidad. En segundo lugar, las causas de indignidad afectan a cualquier heredero, mientras que las de desheredación sólo a los legitimarios. En tercer lugar, mientras que la desheredación se aplicará en supuestos de sucesión testada, las de indignidad además permite que se apliquen en sucesión intestada. En cuarto lugar, la desheredación ha de ser declarada expresamente por el testador y, en cambio, las causas de indignidad operan ipso iure (es decir, pueden no ser conocidas y expresamente declaradas por el testador). En quinto lugar, la desheredación supone para el legitimario la pérdida del derecho a recibir la cuota legitimaria y serán sus hijos o descendientes los que ocupen su lugar, conservando los derechos de

⁸⁶ HERNÁNDEZ, op. cit., 173.

⁸⁷ MARTÍ, op. cit., p. 18.

⁸⁸ Si bien el discapacitado puede hacer uso del resto de causas previstas para proteger su persona y herencia, en este caso concreto se combate una realidad particular como es la ausencia de autonomía cuando existe un alto grado de minusvalía. No significa pues, que el discapacitado solo pueda hacer uso de esta causa de indignidad, sino que ésta se plantea específicamente con el fin de proteger a las personas discapacitadas.

⁸⁹ Se entenderá conforme al art. 2.2 de la Ley 41/2003.

⁹⁰ Art. 853 1º CC: «Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos (...)», es decir, se podrá solicitar la desheredación por causa de “negativa de alimentos” siempre y cuando no concorra algún motivo legítimo que justifique esa negativa.

herederos forzosos respecto a la legítima (art. 857). Por el contrario, la indignidad para suceder tiene como efecto la exclusión del indigno en el llamamiento de la herencia, lo que supone que los hijos y descendientes tampoco la recibirán⁹¹.

Por lo que se refiere al contenido del art. 756.7, existen dos cuestiones que es imprescindible matizar: en primer lugar, a qué se refiere con “atenciones debidas” y, en segundo lugar, quiénes son los que deben prestar esas atenciones y hasta qué límite han de hacerlo⁹².

Atenciones debidas: Independientemente de sus recursos económicos, muchos discapacitados requieren de una asistencia continua básica que asegure su subsistencia. El propio precepto señala que entiende por atención debida la referente a la prestación de alimentos, es decir, los medios indispensables para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación (art. 142 CC), es decir, todos los aspectos de la vida en general.

Obligados: es de aplicación el art. 143 CC⁹³ aunque, teniendo en cuenta que la causa séptima comprende tanto la sucesión testada como la intestada, podrán ser considerados indignos: los legitimarios (hijos y descendientes, padres y ascendientes, y el cónyuge viudo) y cualquier heredero o legatario que el testador hubiera instituido como tal, así como los herederos forzosos respecto a la sucesión ab intestato (arts. 930 y ss. CC). En definitiva, el que vaya a ser heredero tiene la obligación de prestar alimentos (incluso cuando no fuera una de las personas llamadas ex lege a prestarlos).

Límites: pueden ser interpretados de diversas formas. Por un lado, algunos autores consideran que hay que tener en cuenta los medios económicos con los que el alimentante cuenta. Por otro lado, se considera como límite la circunstancia y necesidades del alimentista, en algunos casos mayores que en otros⁹⁴. En cualquier caso, serían de aplicación los preceptos que regulan la obligación de alimentos en general (art. 142 a 145 CC), quedando la duda si pudiera aplicarse la existencia de *motivos legítimos* que justificasen la negativa a prestar la obligación (como ocurría en la causa de desheredación anteriormente explicada). Teniendo en

⁹¹ MARTÍ, op. cit, pp. 21 a 23.

⁹² MORALES, op. cit., p. 357

⁹³ Art. 143 CC: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1º Los cónyuges. 2º Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

⁹⁴ HERNÁNDEZ, op. cit., p. 188.

cuenta que un alimentista discapacitado tendrá mayores necesidades que un alimentista que no lo es, sería razonable que aquellos obligados no pudieran -aunque quisiera- prestarle las atenciones debidas. En este aspecto, cabría plantearse por qué el legislador no introdujo el salvaguardo de motivo legítimo que justificase la falta en la redacción del precepto en concreto⁹⁵.

3.2.7. *Fiscalidad.*

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, regulado en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre y en el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, es un tributo de naturaleza directa y subjetiva, que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo (inter vivos o mortis causa) por personas físicas (art. 1 LISD). Concretamente en este apartado nos limitaremos a los propios de la herencia (*mortis causa*).

Por lo que respecta a la normativa estatal, son escasas las referencias de la norma a situaciones de discapacidad:

En primer lugar, y partiendo del esquema general de liquidación del impuesto, el art. 14 b) LISD considera como gasto deducible de la base imponible, los de *última enfermedad*. En este caso, podría entenderse como “última enfermedad” aquella que originó la propia minusvalía que finalmente causó la muerte del discapacitado. No obstante, como la norma no limita el horizonte temporal, procedería hacer una interpretación finalista del precepto, evitando la literalidad en este supuesto. Desde una perspectiva finalista hablaríamos del periodo inmediato anterior a la muerte, por ejemplo, una última recaída de la enfermedad. Sin embargo, desde una perspectiva literal serían deducibles todos los gastos de la enfermedad crónica desde sus inicios⁹⁶.

Por otro lado, se aplicará a las personas discapacitadas una *reducción sobre la cuantía obtenida en la base imponible*, por el mero hecho de tener dicha condición y sin perjuicio de la aplicación del resto de reducciones estatales o las que fijen las Comunidades Autónomas. Concretamente la reducción estatal será de 47.858,59 euros para un grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65%; y de 150.253,03 euros para un grado de discapacidad igual

⁹⁵ MARTÍ, op. cit., p. 23.

⁹⁶ MARTÍN DÉGANO, I. et. AL., “Guía de la fiscalidad de las personas discapacitadas en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas” *Programa Operativo de Lucha Contra la Discriminación de la Fundación ONCE*, 2007, p. 214.

o superior al 65%. Cabe destacar la significativa diferencia entre las cuantías que origina una evidente desigualdad y disparidad entre los distintos niveles de aplicación. Es decir, se aplica la misma reducción a quien tiene una discapacidad del 33% como al que tiene una del 64% y, sin embargo, entre un grado de minusvalía del 64% y el del 65% existe una diferencia cuantitativa de más del doble⁹⁷.

Por su parte, algunas *Comunidades Autónomas* en ejercicio de la competencia normativa, reconocida en el artículo 40 de la Ley 21/2002 de 27 de diciembre, han aprobado distintas medidas que difieren de la normativa estatal anteriormente desarrollada (tanto en las transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*)⁹⁸.

3.3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN PERSONAL EN LA SUCESIÓN.

Establece el art. 1259.1 CC que *ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por ley su representación legal*. Por medio de este precepto, el CC está distinguiendo entre la representación legal y la representación voluntaria. Nos interesa hablar aquí sobre la representación legal, situación en la que en virtud de ley se nombra a un representante para que supla la capacidad de obrar del representado.

En materia de discapacidad, es fundamental atender a la circunstancia individual y concreta que envuelve al discapacitado. En palabras de CUADRADO «las discapacidades son enormemente variadas, como también lo son las repercusiones que aquellas tienen sobre la capacidad de autogobierno de quienes las soportan». En este sentido, podemos distinguir dos situaciones: las personas con discapacidades no incapacitantes (sujetos con capacidad natural de autogobierno) y, las personas con discapacidades graves incapacitantes. Las primeras, personas discapacitadas según la Ley 41/2003 y, las segundas, personas incapacitadas total (tutela) o parcialmente (curatela) por sentencia judicial firme. Determinar en cada caso cuál es la forma de protección y representación adecuada no es sencillo, sobre todo, teniendo en cuenta cómo está cambiando el panorama a raíz de la Convención de Nueva York y el Anteproyecto de Ley Español.

⁹⁷ PÉREZ DE VEGA, L.M.^a, “Tratamiento fiscal de las personas con discapacidad en el impuesto sobre sucesiones y donaciones”, *Dykinson* n. 10, 2006, Valladolid, p. 56.

⁹⁸ Ver Anexo.

A continuación, hablaremos de dos mecanismos sucesorios de protección personal: 1) la designación de tutor y curador en testamento y 2) los legados modales y condicionales.

En el ámbito de representación legal y protección personal, la pregunta que nace ante un hijo discapacitado es ¿quién se encargará de él? Está claro que estando o no incapacitado, será otra persona quien se ocupe de él. Tras la muerte de los padres, se pueden dar las siguientes situaciones: que el hijo no esté incapacitado y siga en una situación de guarda de hecho; que esté incapacitado y que por testamento o documento notarial se nombre un tutor o curador; y que no esté incapacitado y se inicie el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados (art. 223 CC). Ante el nombramiento del tutor que se haga en testamento, el juez deberá respetar tal decisión salvo que por alguna circunstancia del tutor no sea aconsejable. Sin embargo, debemos tener en cuenta el Anteproyecto de Ley Español de 2018 que pretende la erradicación de la figura del tutor. Según su Exposición de Motivos se presenta con la finalidad de «*dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico interno a la Convención*» (refiriéndose a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York en 2006, y ratificada por España y publicada en el BOE⁹⁹ en 2008). En aras de cumplir su objetivo «*Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*»¹⁰⁰. En síntesis, se pretende eliminar el sistema de sustitución en la toma de decisiones (tutela¹⁰¹) del discapacitado por un sistema de *apoyos* basado en la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, siendo la curatela la medida de apoyo fundamental. Para establecer la curatela, la autoridad judicial deberá guiarse por el

⁹⁹ En virtud del artículo 96.1 de la CE *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*. En este sentido, las disposiciones de la Convención forman parte del ordenamiento jurídico español, al que nos debemos someter.

¹⁰⁰ Párrafo 3º de la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Español.

¹⁰¹ Que se mantendrá para los menores de edad como establece el artículo 199 del Anteproyecto de Ley Español: *Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.*

principio de proporcionalidad y el respeto a su *autonomía personal*, su *voluntad*, *deseos* y *preferencias*, constituyéndose cuando no haya otra medida de apoyo suficiente para la persona discapacitada (art. 267 del Anteproyecto de Ley Español). A pesar de las *Observaciones*¹⁰² que el Comité hizo al Estado Español en 2011, el Anteproyecto de Ley Español no elimina por completo el sistema de sustitución o representación de la persona discapacitada. Teniendo en cuenta el artículo 287 del Anteproyecto de Ley Español (donde habla del curador representativo y los casos en los que ejercerá su función de representación) y las *Observaciones* del Comité, podemos concluir en consonancia con CUENCA¹⁰³ que el contenido del Anteproyecto de Ley Español no satisface todas las exigencias del modelo de apoyo previsto en la Convención.

Sobre el modelo de apoyo de la Convención y las *Observaciones* del Comité, nos gustaría hacer unas breves reflexiones. La problemática actual en materia de discapacidad está sobre la mesa. El debate se desarrolla en torno al artículo 12 de la Convención de Nueva York y las conclusiones emitidas por el Comité de Naciones Unidas en sus “*Observaciones*”. Por un lado, la voz del Comité que se presenta como la «opinión mayoritaria, la políticamente correcta» y, por otro lado, la voz disonante de quienes no se dejan llevar por lo correcto o mayoritario, entre quienes está CUADRADO PÉREZ¹⁰⁴. De forma breve y simplista, el fin perseguido es abolir toda figura representativa o sustitutiva de la voluntad de las personas con discapacidad. A diferencia del Anteproyecto de Ley Español -que pretende mantener viva la curatela- el Comité considera que eso es discriminatorio para el discapacitado, y que la solución para una auténtica igualdad es proveer a los discapacitados de un sistema de apoyos. Como en todo, no hay una solución general, por lo que se debería diferenciar entre aquellos que gozan de cierto nivel de capacidad natural (para quienes es correcto e idóneo un sistema de apoyos) y aquellos con discapacidades incapacitantes graves (para quienes un sistema de apoyo les deja desprotegidos por completo).

A nuestro juicio, el error es asumir que la representación o sustitución es un sistema de exclusión, que discrimina e imposibilita la igualdad y que ataca la dignidad del discapacitado. En este sentido, consideramos muy acertados los fundamentos de derecho esgrimidos por el TS en su loable Sentencia 282/2009 de 29 de abril, y que podrían usarse para refutar la postura

¹⁰² En referidas observaciones el Comité recomienda que revisemos las leyes reguladoras de la guarda y la tutela, tomando medidas para adoptar leyes que reemplacen los regímenes de sustitución y representación.

¹⁰³ CUENCA GÓMEZ, P, “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 38, 2018, pp. 92 a 93. Referencia: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13308>.

¹⁰⁴ CUADRADO, op. cit., pp.15 a 19.

del Comité: 1) el incapaz sigue siendo titular de derechos fundamentales, 2) la incapacitación no es una forma de exclusión, sino de protección, 3) la incapacitación no es una medida discriminatoria y 4) el sistema de protección para que sea adecuado debe adaptarse a la conveniencia y necesidades de protección del discapacitado y, además, ser revisable. Se trata de atender a la circunstancia concreta de cada discapacitado, entendiendo que sus limitaciones y su incompleta capacidad de obrar, no son causa de discriminación y exclusión, y que, ante ello, el ordenamiento jurídico por medio de los sistemas de representación logra que sus derechos queden verdaderamente protegidos y defendidos, sin menoscabar su dignidad.

El siguiente mecanismo de protección personal, más allá del nombramiento del tutor (que pronto desaparecerá) son concretas disposiciones testamentarias sobre la forma de vida y cuidados del hijo discapacitado por medio de los legados modales o condicionales. Antes de adentrarnos en materia, querríamos hacer una breve aclaración terminológica. Por un lado, el *modo* es la carga o gravamen impuesto al instituido. El modo constriñe, ya que obliga a cumplir el gravamen impuesto, pero no suspende la adquisición del derecho a la herencia. Si bien, debe afianzarse el cumplimiento de la carga (art. 797.2 CC). Por otro lado, la *condición* es un suceso futuro e incierto. Si es una condición suspensiva¹⁰⁵, no se adquiere el derecho al legado hasta que no se cumple la condición. Si es una condición resolutoria¹⁰⁶, desde el inicio se adquiere el derecho. El legado lo tiene, pero amenazado de resolución.

En la práctica testamentaria es frecuente el uso de disposiciones modales o condicionales, de forma que el testador deja atada su voluntad¹⁰⁷. El testador podrá instituir legatario con carga o *sub-modo* imponiendo una determinada obligación¹⁰⁸. De esta forma, el legatario recibe la liberalidad, pero debiendo cumplir la carga o gravamen impuesto. En el terreno de los discapacitados, un legado modal tiene como objetivo asegurar el amparo personal del hijo discapacitado. A través de él, el testador podrá imponer como obligación el cuidado de su hijo discapacitado, con las concreciones que estime oportunas. En general, será instituido como legatario sujeto a modo¹⁰⁹ un hermano del discapacitado. La utilidad de la figura es 1)

¹⁰⁵ A modo de ejemplo: “Te lego la finca X si haces la carrera de Derecho”. Hasta que no finalice sus estudios en derecho no adquiere su derecho a la finca.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo: “Herédeme B, pero si se va a vivir al extranjero, pase mi herencia a C”. B ya es heredero, tiene la herencia porque es suya, pero la misma está amenazada de resolución.

¹⁰⁷ LÓPEZ FRÍAS, M.J., “Las disposiciones testamentarias condicionales y modales”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 2019, pp. 111 a 146.

¹⁰⁸ ALBALADEJO, op. cit., pp. 263 a 265.

¹⁰⁹ A modo de ejemplo de un legado modal, la siguiente disposición testamentaria: «Sin perjuicio y dejando a salvo lo dispuesto en las cláusulas anteriores y con cargo a los tercios de libre disposición y mejora, en su caso, lega a Juan (hermano del discapacitado) la casa de veraneo sita en Lugar Campo Cruz, Cedeira, Galicia. Este

beneficiar a un tercero, generalmente hermano del discapacitado, 2) proteger al discapacitado en cuyo beneficio se impone la carga y 3) fortalecer y potenciar la imposición de obligaciones de forma legal (art. 788, 880, 879 del CC).

Aparte del legado modal el testador puede utilizar legados condicionales, para el caso por ejemplo de que el legatario no pueda cumplir la carga de cuidar al discapacitado, por circunstancias familiares que se lo impidan, imponiendo como condición que sea compensado (por quien nombre nuevo legatario condicional) con un porcentaje del valor de los bienes legados en proporción a los años en que cuidó y atendió a su hermano (discapacitado).

3.4. CAPACIDAD DEL DISCAPACITADO PARA OTORGAR TESTAMENTO. DESTINO DE LOS BIENES Y DEL PATRIMONIO PROTEGIDO CUANDO FALLECE EL DISCAPACITADO.

Hasta el momento hemos hablado de cómo los progenitores pueden asegurar el futuro del hijo discapacitado para que sus necesidades vitales estén cubiertas cuando ellos ya no estén. Sin embargo, nos interesa ahora abordar el tema desde otra perspectiva. Por un lado, la *testamentifactio activa* del discapacitado, esto es, si un discapacitado va a poder otorgar testamento, y, por otro lado, qué sucederá con los bienes del discapacitado cuando fallezca.

La capacidad para disponer por testamento aparece regulada en los art. 662 a 666 CC. Se parte de una presunción *iuris tantum* de capacidad, consagrada en el principio de *favor testamenti*, de forma que para declarar la nulidad del testamento es necesario probar la falta de capacidad del testador en el momento de otorgamiento. Son incapaces para testar los menores de catorce años y quienes no se encuentren en su cabal juicio en el momento de testar (art.663 CC). Como vemos, no se exige la incapacitación judicial, sino que basta la falta de capacidad natural suficiente para comprender el alcance y sentido de los fines testamentarios. En relación con la sentencia de incapacitación y su alcance, se pronuncia el TS en la Sentencia 146/2018, de 23 de abril. El debate se centra en dos cuestiones: 1) la validez del testamento otorgado antes de la incapacitación judicial y 2) la concreción de la sentencia de incapacitación sobre los actos que puede o no realizar el incapacitado, sobre todo, sobre si puede o no testar. Los

legado lo realiza bajo la condición de cuidar y asistir a su hermano (discapacitado) todos los días de su vida. El cuidado y asistencia ha de ser personalizado, conviviendo con el discapacitado y procurando brindarle una educación que le permita el desarrollo de su autonomía personal y posibilite su mayor integración y participación en la sociedad. Solo circunstancias graves de salud justificarían su ingreso en un centro especializado».

pronunciamientos del Tribunal se resumen en: 1) el principio de presunción de capacidad que rige nuestro Derecho Sucesorio, que además ha quedado reforzado por la Convención de Nueva York (art.662 CC), 2) la disposición de bienes *mortis causa* no es equiparable a los actos de disposición *inter vivos*, por lo que la prohibición de realizar actos de disposición de las sentencias de incapacitación no engloba la prohibición de testar, 3) el testamento es un acto personalísimo, por lo que ni el tutor ni el curador pueden otorgar testamento en lugar de la persona incapaz (art. 670 CC) y 4) en virtud del art. 666 CC debe atenderse al momento de otorgamiento para valorar el estado mental (además el Notario deberá asegurarse de ello)¹¹⁰. En conclusión, la capacidad para testar se reduce al momento de otorgar testamento, pero, ante todo, la sentencia de incapacitación debe ser expresa cuando se refiera a la capacidad para testar.

Siguiendo esta línea, algunos de los mecanismos ya mencionados podrían ser de aplicación en este contexto:

En primer lugar, la sucesión intestada proporciona un destino concreto a los bienes de cualquier persona, independientemente de que ésta hubiera otorgado testamento o no. Así, en el caso de un discapacitado que no pueda otorgar testamento, heredarán en este orden: 1) hijos y descendientes (art. 931 CC), 2) padres y ascendientes (art. 935 CC), 3) cónyuge sobreviviente (art. 943 CC), 4) hermanos e hijos de hermanos (art. 946 CC), 5) parientes colaterales hasta el cuarto grado (art. 954 CC).

En segundo lugar, la sustitución ejemplar como forma de evitar la apertura de la sucesión intestada y otorgando en este caso un destino mucho más concreto y elegido por la persona autorizada para testar por el discapacitado (padres o ascendientes).

En tercer lugar, las causas de indignidad suponen un castigo civil para aquellos que pudieran heredar del discapacitado, excluyéndose al llamamiento de la herencia. Se trata de asegurar que los bienes del discapacitado queden en manos de alguien que lo merezca, así como ser un incentivo para cuidarle en vida.

¹¹⁰ De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC (La Ley 1/1889) y no se desvirtúa el juicio de capacidad del Notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

En cuanto a la figura del patrimonio protegido, con la muerte del discapacitado, se produce su extinción¹¹¹ (art. 6.1 Ley 41/2003). Los bienes y derechos que formaban parte de este ahora forman parte de su herencia. La sucesión del patrimonio se hará de la misma forma que se ha descrito anteriormente, sin perjuicio de la finalidad y el destino que los aportantes pudieron haber dado a determinados bienes y derechos (art. 4.3 Ley 41/2003).

4. UNA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE LA PROTECCIÓN

«La discapacidad es tan antigua como el hombre, lo que ha variado es la manera de considerarla»¹¹²: desde un *Hefestos*¹¹³ arrojado desde el Olimpo y rechazado por su madre, hasta el nuevo *modelo social* que arroja un cambio de paradigma en materia de discapacidad tras la Convención de Nueva York.

En este epígrafe se hará alusión a cómo afecta la nueva concepción de discapacidad a nuestro ordenamiento y a cómo se resuelve el problema de la “autonomía”. Además, se mencionará otro mecanismo de protección que no se había tenido en cuenta: los hermanos. Por último, se puntualizan, a modo conclusivo y comparativo, las deficiencias percibidas tanto de la Ley 41/2003 como del Anteproyecto de reforma (concretamente de los art. 756.7, 782, 808, 813, 822 y 831 CC), por ser los principales textos jurídicos que amparan la protección de las personas con discapacidad.

4.1. LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO FAMILIAR: EL PAPEL DE LOS HERMANOS

La intrusión de la discapacidad en la compleja estructura de una familia marca un punto de inflexión difícilmente medible y que cada uno vive desde su particular humanidad. Sin quitar ni un mínimo de importancia a la aparición de minusvalías en edades adultas que ocasionan discapacidades severas y, consecuentemente, una *reorganización* familiar, el nacimiento de un hijo con esta problemática supone la *transformación* radical del concepto propio de la familia. Frente al idealismo que la ficción y los medios nos han querido relatar, existe una vertiente mucho más cruda e incómoda: la discapacidad condicionará no solo la vida de quién la porta, sino de todo el que se encuentre a su alrededor. Durante años la literatura académica,

¹¹¹ La segunda causa de extinción del patrimonio protegido es perder la condición de persona con discapacidad.

¹¹² AMORES, S.E., “Tener un hermano discapacitado: acerca de la discapacidad y los vínculos familiares”, *Familia y Salud Mental (Asociación de Psiquiatras Argentinos)*, Buenos Aires, Argentina, 2012, p. 12.

¹¹³ Hefesto (Vulcano para los romanos) era un dios de la mitología clásica, hijo de Hera y patrón de la fragua y el fuego artesano. Hera, avergonzada de su hijo, pues era deforme, cojo y feo, le arroja al mar donde fue recogido por una pareja de labradores.

incluyéndose el presente trabajo, ha estado focalizada en el impacto que supone la discapacidad en las relaciones paternofiliales, sin reparar en el resto de hijos, hermanos del discapacitado.

«Los hermanos viven desde su infancia una situación que modifica de manera profunda y definitiva las relaciones que tienen tanto con sus padres, sus parejas, sus hijos, sus amistades, sus conocidos como con el resto del mundo. Culpabilidad, celos, piedad, aislamiento, rechazo, vergüenza, ignorancia, sobreprotección, amor, son sólo algunos de los sentimientos que inspira la diferencia que viven estos hermanos y hermanas. Tanto si se rebelan contra el destino como si lo aceptan, (...), no pueden hacer otra cosa que vivir con la discapacidad»¹¹⁴.

Estos grandes olvidados son la verdadera piedra angular de la protección del discapacitado. Para ellos la herencia se juega en un doble sentido: heredarán un patrimonio y un hijo de sus padres (junto con la responsabilidad y sacrificio que esto supone). Su vida, desde el primer instante ha estado ligada a la de otro: “*no existe vida sin ella: ni existe futuro sin ella, ni existe pasado sin ella*”¹¹⁵. Ya desde pequeños son llamados a asumir el rol de cuidadores y a aceptar un papel determinado en la vida de su hermano. En otras palabras, asumen niveles de implicación en la vida familiar mucho mayores que sus iguales. Sin embargo, esto no debería tomarse como regla general (tanto para configurar las expectativas sociales como para modelar el ordenamiento jurídico), y menos en una sociedad tendente: 1) hacia un aumento de la libertad individual en cualquier proyecto de convivencia y 2) al igualitarismo en las relaciones conyugales o de pareja, en las paterno-materno filiales y en las fraternas¹¹⁶. Además, no todo el mundo nace con ese carisma vocacional, lo que en muchos casos convierte esa asistencia en una obligación que a la larga puede llegar a traducirse en abusos y desatenciones¹¹⁷.

Desde este punto de vista se critica una legislación que no solo ha dado la espalda a aquellos que van a proteger a una persona que necesita, en mayor o menor medida, de esa protección, sino que además está configurada para ser carne de enfrentamientos familiares. Por ello, veo imprescindible incluir un añadido a la pregunta inicialmente planteada: *¿qué será de mi hijo con discapacidad, y de sus hermanos y hermanas, cuando ya no estemos?*

¹¹⁴ LIZASOÁIN RUMEU, O., “Discapacidad y familia: el papel de los hermanos”, El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona, v. 1, 2009, p. 658.

¹¹⁵ Berta, hermana de Isabel (hermanas Villamía Uriarte). Documental Hermanos, Plena Inclusión, Madrid. <https://www.youtube.com/watch?v=krEQpTuHat4&t=1603s>

¹¹⁶ JUAREZ GALLEGU, M., “La familia: algunos cambios sociales significativos”, *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, v. 65, n 127, 2007, p 822.

¹¹⁷ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 3, 2018, p. 213 y 214

Es también preciso y necesario subrayar que, afortunadamente, la discapacidad debe situarse en un continuo que tiene tanto resultados positivos como negativos. Hay sufrimiento en las familias, pero también hay mucho enriquecimiento¹¹⁸: “*Mi hermano es lo mejor que me ha pasado en la vida, quien más me ha enseñado. Gracias a él sé lo que quiero ser*”¹¹⁹. Es difícil expresar de forma precisa y lógica el beneficio personal y social que supone convivir con la discapacidad. Pero, el hecho de priorizar las ganancias recibidas a las experiencias adversas, no implica frivolar o simplificar las consecuencias desestabilizadoras que la discapacidad tiene para las familias. Se trata de dar un tono realista a la materia y desde todos los puntos de vista, tanto de las personas directamente afectadas como de aquellos que las acompañan.

4.2. DEFICIENCIAS APRECIADAS EN LA LEY 41/2003

La Ley 41/2003 significó un incuestionable avance en materia de discapacidad, y ya no solo por la declaración de intenciones que su texto supone, sino por las oportunidades y libertades que introduce, que son *grosso modo*: 1) la posibilidad de que el discapacitado reciba en herencia más de lo que le correspondería de no serlo y 2) el impedimento de que las personas del círculo cercano se beneficien a su costa. Sin embargo, no todo son alabanzas, puesto que la Ley destaca tanto por su importancia, «como por el gran número de interrogantes jurídicos que su deficiente redacción técnico-jurídica plantea»¹²⁰.

A modo sintético y recopilatorio de los anteriores epígrafes, se concluyen los siguientes desaciertos e incertidumbres que se manifiestan en dicha Ley:

La *sustitución fideicomisaria* se configura, por un lado, como medio de protección de las personas incapacitadas y, por el otro, como instrumento jurídico para vulnerar el principio de la intangibilidad de la legítima estricta¹²¹. La figura ha sido negativamente considerada por la doctrina debido a que su deficiente redacción admite demasiados márgenes de incertidumbre. En primer lugar, se trata de una reforma que altera todo el sistema jurídico sucesorio, reducida a la modificación de tres escasos artículos (arts. 782, 808.3 y 813.2 CC). En segundo lugar, se limita a la protección de los incapacitados por sentencia judicial, que dejarán de existir con la

¹¹⁸ LIZASOÁIN, O., ONIEVA, C.E., “Un Estudio sobre la Fratría ante la Discapacidad Intelectual”, *Psychosocial Intervention*, v.19, n.1, 2010, pp. 89 y 99.

¹¹⁹ AGUSTIN SAN JUAN p., *Papel de los hermanos en las familias*, XII Encuentro nacional de familias y IV encuentro nacional de hermanos, Huesca, 2012.

¹²⁰ BOTELLO HERMOSA, P.I., “Importantes incertidumbres ...”, op. cit., pp. 341

¹²¹ BOTELLO HERMOSA, P.I., “Importantes incertidumbres ...”, op. cit., pp. 361

nueva reforma del CC. Y, en tercer lugar, se configura como un mecanismo de protección que depende de la voluntad del testador (fideicomitente) y no del discapacitado (fideicomisario).

Por su parte, *la fiducia sucesoria* (art. 831 CC) está lejos de “introducir una figura de protección patrimonial indirecta” por varias razones. En primer lugar, no se incorpora al ordenamiento nada especialmente novedoso a lo que venía existiendo en las previas redacciones. En segundo lugar, no parece suponer una verdadera protección para las personas con discapacidad, ya que sus disposiciones son aplicables a cualquier persona, discapacitada o no¹²². En tercer lugar, al igual que la anterior figura depende de la voluntad de otro, en este caso el cónyuge viudo. Y, en cuarto lugar, la mayor complejidad de su redacción, y la consecuente menor claridad, reducen mucho más su uso práctico.

El trato favorable respecto de las donaciones o legados de un derecho de habitación (art. 822 CC) también rompe con el principio de intangibilidad de la legítima estricta y supone otro ejemplo de deficiente redacción. Hay muchas cuestiones que quedan al margen de la interpretación, tales como: 1) ¿por qué el legislador restringe el legado “sobre la vivienda habitual” impidiendo verdadero ajuste con respecto a las necesidades del discapacitado?; 2) ¿a qué se refiere con “situación de necesidad” y por qué solo se exige en el segundo apartado?; 3) ¿qué implica la frase “a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa” y cuál es su verdadero alcance?; 4) ¿por qué incluye el requisito de “convivencia” que evidencia un antagonismo con los derechos de vida autónoma e independiente?, ¿qué lógica tiene exigir vivir con los familiares para verse favorecido por un nuevo derecho?, ¿acaso está reduciendo el ámbito de aplicación a personas con un alto grado de discapacidad?; entre otras.

En cuanto a la nueva *causa de indignidad* (art. 756.7 CC) cabría preguntarse por qué el legislador decidió no incluir la existencia de “motivo legítimo” que justificase la negativa a prestar las atenciones debidas (de forma análoga a lo establecido para las causas de desheredación). Tampoco parece solucionar la problemática el hecho de que el contenido de la causa sea completado con los preceptos relativos a los alimentos, que establecen que la cuantía de estos será proporcional a los medios del alimentista y las necesidades del alimentante¹²³.

El patrimonio protegido se configura legalmente como: 1) un patrimonio de destino y 2) separado, 3) que no goza de personalidad jurídica y 4) que está protegido expresamente por

¹²² RODRÍGUEZ-YNYESO VALCARCE, A., “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. 55, 2005, p. 182.

¹²³ MARTÍ, op. cit., p 44.

la Ley. Sin embargo, autores han opuesto importantes dudas conceptuales: QUESADA SANCHEZ, en primer lugar, explica que un patrimonio de destino es un patrimonio adscrito a un fin, el cual debe estar por encima de las personas físicas para adquirir así una entidad superior al individuo, cosa que no sucede en el presente caso por estar dirigido expresamente a personas físicas muy concretas¹²⁴. En segundo lugar, MORETÓN SANZ aclara que la falta de previsión legal sobre las deudas y obligaciones, y la falta de un régimen especial que singularice su responsabilidad, impiden la calificación del conjunto como unidad patrimonial separada¹²⁵. Por último, HERBOSA MARTINEZ duda de la protección expresa por la Ley de dicho patrimonio y defiende que lo único que existe es un conjunto de normas que establecen ciertos beneficios (sobre todo fiscales) y un régimen de administración propio¹²⁶.

4.3. CAPACIDAD PARA DECIDIR EN EL NUEVO MARCO DE LA CONVENCIÓN

4.3.1. Modelo social de la Convención de Nueva York

A lo largo del trabajo hemos tratado de resaltar la trascendencia de la Convención de Nueva York para el tratamiento social y jurídico de la discapacidad. La Convención se inspira en el que ha sido denominado *modelo social*¹²⁷ (en contraposición con el *modelo de prescindencia* y el *modelo médico o rehabilitador*¹²⁸) de acuerdo con el cual la discapacidad – o, mejor dicho, “la discriminación por motivos de discapacidad” –, ha sido construida por la misma sociedad¹²⁹. Se plantea, en este sentido, un radical cambio de paradigma social y una ulterior transformación de su supeditado retazo jurídico, abandonando la subordinación que la discapacidad representaba hasta ahora y procurando una exaltación de los derechos humanos en aras de potenciar la no discriminación, la autonomía personal y la accesibilidad (art. 3 CDPD). En palabras de DE LAS HERAS, «los discapacitados [conforman] la minoría más mayoritaria del planeta que debe salvar un sinnúmero de obstáculos para el ejercicio efectivo de sus

¹²⁴ QUESADA SANCHEZ, A. J., “El discapacitado y su... ¿patrimonio protegido?” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 75, 2008, p. 193.

¹²⁵ MORETÓN SANZ, M. F., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho UNED*, n. 6, 2010, p. 344.

¹²⁶ HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *Actualidad Civil*, n. 16, 2005, pp. 1931 a 1932.

¹²⁷ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉ, M., *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas, Universidad Carlos III, Ed. Cinca, Colección Convención ONU n. 3, 1º. ed., Madrid, 2010, de Madrid, p. 12.

¹²⁸ PALACIOS, A., “El modelo social de la discapacidad”, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014, pp. 10 a 14

¹²⁹ DE LAS HERAS GARCÍA, M. A., “Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: personas mayores y derecho civil”, *Informes Portal Mayores*, n. 101, 2010, p. 3.

derechos universales reconocidos (...). Emerge así esta Convención (...) a modo de examen de conciencia internacional acerca de un problema concreto: la desatención o despreocupación social hacia los *discapacitados* y su anhelada inclusión social en pleno siglo XXI»¹³⁰.

Uno de los retoques normativos más relevantes tiene su punto de partida en el art. 12 CDPD el cual proclama, entre otras cosas, que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida* (apartado 1) y a apremia a los Estados a preservar el buen *ejercicio de la capacidad jurídica* (apartados 3 y 4), haciendo alusión de manera expresa al concepto de “capacidad jurídica” e implícitamente a la “capacidad de obrar”¹³¹. Por otro lado, se aboga por la promoción de la *autonomía personal y derecho a una vida independiente* (art. 19 CDPD), que puede ser definida como “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria” (art. 2.1 Ley 39/2006). Además, se propone un *modelo asistencial o de apoyos* que tenga en cuenta los deseos y opiniones de la persona asistida y que solo intervendrá cuando sea efectivamente necesario. Son necesidades de apoyo “las que requieran las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad” (art. 2.4 Ley 39/2006).

De los tres principios claves de la Convención (no discriminación, accesibilidad y autonomía personal) es necesario matizar lo siguiente:

1) Los principios de *igualdad* y de *no discriminación*, que son en última instancia la declaración en positivo y negativo del mismo principio¹³², implican un igual trato en igual situación y diferente trato en situaciones desiguales¹³³. Es decir, no se trata de aplicar idéntico trato a todas las personas cualesquiera que son sus circunstancias, sino promover, proteger y asegurar que en la práctica todo el mundo tenga las mismas oportunidades (*principio de accesibilidad*) y les sean reconocidos el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones y en todos los ámbitos de la vida humana.

¹³⁰ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉ, M., op. cit., p. 14.

¹³¹ Se entiende por *capacidad jurídica*, la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y obligaciones, y por capacidad de obrar, en cambio, se refiere a la capacidad de realizar válidamente actos jurídicos.

¹³² DEL AGUILAR, L. M., “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014, p. 60

¹³³ DEL AGUILAR, L. M., op. cit., p. 60

2) En el marco de la Convención el principio de *autonomía* está particularmente ligado a la *dignidad* inherente de las personas y a la *libertad* en la toma de decisiones. Sin embargo, considero que es un error reducir la dignidad a la autonomía personal¹³⁴.

Es una realidad que ciertas discapacidades intelectuales afectan a la capacidad para tomar decisiones, tales como aquellas derivadas de enfermedades mentales, deficiencias mentales o patologías degenerativas (v.gr. Alzheimer, Síndrome de Down, daño cerebral, etc.). Este tipo de discapacidades pueden darse antes, durante o después del nacimiento de una persona y no implican *per se* la ineptitud en la toma de decisiones. Con el fin de poder valorar esta capacidad se ha de tener en cuenta el concepto “competencia de los seres humanos para decidir” que incluye las siguientes aptitudes básicas: 1) capacidad de elegir, 2) comprensión de las cuestiones, 3) manejo racional de la información y 4) reconocimiento de la naturaleza de la información¹³⁵.

No todos los niveles de discapacidad intelectual implican un reducido grado de autonomía, sino solamente la *grave* y *profunda*. En estos casos el individuo puede realizar actividades básicas, aprender a leer y escribir o tener vocabulario y construir oraciones, pero con poca (o nula) comprensión lectora o numérica, capacidad de comunicación, racionalidad personal, etc. Además de necesitar una supervisión continuada, se considera que son, en la gran mayoría de los casos, incapaces de tomar sus propias decisiones. Por su condición vulnerable tienden a confiar ciegamente en las personas a las que consideran una autoridad (familiares, amigos, cuidadores), pudiendo estas llegar a condicionar sus deseos, opiniones y decisiones, ya sea deliberadamente o no.

Por otro lado, y tomando como referencia la STS 282/2009 de 29 de abril¹³⁶, en la mayoría de los casos las personas afectadas por este tipo de discapacidad, en mayor o menor medida, presentan una *conexión directa con la infancia*¹³⁷ (aun siendo personas mayores de edad). Es irónico pensar que se permita adoptar figuras representativas para los menores de edad, pero no así para estos casos, mientras que la única diferencia entre ambos perfiles es haber alcanzado una edad socialmente considerada. Ni la discapacidad intelectual profunda, ni

¹³⁴ CUADRADO PÉREZ, C. op. cit., p. 46

¹³⁵ QUEMADA, J. I., *La valoración de la capacidad para decidir en personas con daño cerebral*. Referencia: <https://xn--daocerebral-2db.es/publicacion/la-valoracion-de-la-capacidad-para-decidir-en-personas-con-dano-cerebral/>

¹³⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de abril de 2009 (rec. 1259/2006. Ponente: ROCA TRIAS. N.º de Sentencia 282/2009).

¹³⁷ CUADRADO PÉREZ, C. op. cit., p. 47

la minoría de edad alteran la atribución de derechos fundamentales, pero sí disminuyen la capacidad para ejercerlos. No tener en cuenta las condiciones y limitaciones de la persona, dar un trato igual a los desiguales y reducir el valor de la persona a su suficiente autonomía, es el verdadero atentado a la dignidad humana.

4.3.2. Sobre la capacidad de testar

En términos generales, la *capacidad de testar* es inferior a la requerida para cualquier acto *inter vivos*, ya que solamente se encuentran incapacitados los menores de catorce años y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663 CC). En este sentido, uno de los temas más controvertidos versa sobre la capacidad o incapacidad para otorgar testamento en caso de los discapacitados intelectuales que carecen de aptitud para entender o querer.

Durante años los pronunciamientos judiciales que declaraban la incapacitación de una persona se extendían a todo tipo de actos y negocios jurídicos, entre los que se encontraba el acto testamentario, a pesar de que desde 1983 se imponía al juzgador la obligatoriedad de un pronunciamiento expreso sobre la *capacidad de testar*. Sin embargo, de la literalidad del art. 665 CC no se podría extraer la conclusión de que al incapacitado se le priva *por la incapacitación* de la facultad de testar, sino que el incapacitado sigue siendo capaz de testar mientras no esté perturbado de hecho (ya será por hallarse en un intervalo lúcido o haber recobrado establemente la razón¹³⁸. Opina ALBALADEJO que «no le puede [la sentencia de incapacitación que pueda contener pronunciamiento acerca de la capacidad de testar del incapacitado] privar de la misma, porque por lo que le corresponde es, con independencia de la sentencia de incapacitación, por estar, aunque sea transitoriamente, en uso de su razón, lo que la sentencia no puede prever que se dé o falte cuando quiera testar». Por su parte, GARCÍA RUBIO, vocal de la Comisión General de Codificación expone que «no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial *ex ante* para testar (...). Esta es ya la tesis que mantiene en alguna de sus últimas decisiones el Tribunal Supremo bajo la vigencia de la normativa actual, en un intento, creo que afortunado, de interpretación de esta según los dictados de la CDPD»¹³⁹.

¹³⁸ ALBALADEJO GARCIA, M., op. cit., pp. 215

¹³⁹ ESQUIROL JIMÉNEZ, V., *La incidencia de la Convención de Nueva York en la capacidad para testar*, 2019, Referencia: <http://www.notar-ius.com/2019/02/la-incidencia-de-la-convencion-de-nueva.html>

En cualquier caso, como se ha mencionado, la Convención es contraria a cualquier modificación judicial sobre la capacidad, con o sin pronunciamiento sobre la de testar, y asienta, entre otros, los principios de autonomía individual, de libertad en la toma de decisiones y la independencia personal (art. 3 CDPD). Además, el *principio de presunción de la capacidad del testador para otorgar testamento* (arts. 10 CE, 322 CC y 760.1 LEC) ha sido igualmente reforzado por la Convención, lo que supone que el juicio notarial prevalece incluso frente a declaraciones judiciales de incapacitación¹⁴⁰.

El juicio notarial o *juicio de la capacidad* es la declaración realizada por el Notario, en la que expresa su creencia de que los otorgantes tienen la capacidad idónea, de entender y asumir el contenido del documento que firma, con arreglo a la ley, para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales. La ley no establece cómo debe realizar esa valoración, de modo que tendrá que servirse fundamentalmente de su experiencia¹⁴¹ y, en su caso, exigir una opinión complementaria de algún médico o la presencia de testigos. Igualmente se establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 681 CC). Teniendo en cuenta la presunción *iuris tantum* de la capacidad, el juicio notarial vendría a reforzarla, corroborando que no existe razón aparente que demuestre existencia de incapacitación, o destruirla en caso contrario.

Como se ha planteado al principio de este apartado, la principal controversia vendría dada en aquellas situaciones en las que la persona discapacitada intelectualmente, en los términos anteriormente señalados, aparenta “normalidad” (es decir, puede mantener una conversación lógica, comunica una aparente opinión y sabe responder a las preguntas planteadas), pero que, sin embargo, transmite una falsa manifestación de la voluntad, condicionada posiblemente por un familiar. Teniendo en cuenta que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones (es decir, de forma libre unilateral y personalísima), cabe preguntarse si el juicio casi único del Notario se convierte en el mecanismo de apoyo que consiga suplir las desigualdades evidentes. Personalmente me parece presuntuosa la idea de que el Notario, con o sin auxilio de peritos especialistas, pueda llegar a deducir la capacidad del sujeto en concreto tomando solamente como referencia un único momento: el de otorgamiento (art. 666 CC). Y ya no solo el escaso marco temporal que

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ CATIVIELA, E. J., *El testamento de los in(dis)capacitados*. Referencia: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/8652-el-testamento-de-los-in-dis-capacitados>

¹⁴¹ CORVO LÓPEZ, F. M., “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, v. VI, n. 4, 2019, p. 142.

se utiliza para llevar a cabo el juicio, sino que una sola conversación con un desconocido se encuentra suficiente para llegar a la certeza de que alguien, por ser capaz de expresarse normalmente, tiene plena conciencia y voluntad, esto es, está en su “cabal juicio”.

La nueva redacción del art. 665 CC¹⁴² sigue suscitándome la misma inquietud. El Notario no puede dudar y menos de forma fundamentada. El hecho de incluirse la expresión “antes de autorizarlo”, parece descubrir la intencionalidad de legislador de que sea aceptada cualquier aptitud de capacidad y que sea más tarde, en caso de impugnación del testamento ante los tribunales, cuando se haga un verdadero juicio. De igual forma me postulo reticente a la conclusión dada por la STC 146/2018 de 15 de marzo¹⁴³ que viene a reforzar de nuevo el principio de presunción de la capacidad, en este caso en particular, pues lo considero contrario al propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad del derecho a otorgar testamento por las personas con discapacidad intelectual. No apoyo, ni mucho menos, la tendencia anterior a impedir *ex ante* la manifestación de la última voluntad de esta minoría, pero encuentro necesaria la intervención de verdaderos especialistas en la materia que determinen si dicha persona tiene o no capacidad para decidir.

Considero que las personas con discapacidad intelectual han de ser valoradas previamente en términos de su “competencia para decidir” y determinar así su “cabal juicio” para que, en función de ese resultado, puedan manifestar su última voluntad. Como es lógico ese examen médico y psicológico ha de ser evaluado durante el tiempo necesario con el fin de llegar a una correcta conclusión, para el momento puntual del otorgamiento. Es decir, puede ser que esa competencia cambie a lo largo de los años, y es necesario tener en cuenta esa evolución, pero se tomará en cuenta para la valoración de la capacidad de testar, la del momento en el que otorgó el testamento. Con ello, el juicio notarial no solo reforzaría la presunción de la capacidad, sino que tendría, ahora sí, fundamentadas razones para ello. No se estaría impidiendo el acceso de los discapacitados a la institución (pues todos serían susceptibles de poder hacerlo), sino que se protegería y aseguraría el goce pleno del derecho a otorgar testamento libre, personal y unilateralmente (solo para aquellos que tengan la competencia).

¹⁴² Que dice: «Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud».

¹⁴³ STS, Sala Primera de lo Civil, 15 de marzo de 2018 (rec. 2093/2015. Ponente: PARRA LUCAN. N.º de Sentencia 146/2018).

Desde una perspectiva más filosófica, se trataría de una aplicación moderna del clásico “ser en potencia” de Aristóteles.

4.4. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El Anteproyecto de reforma, al que hemos hecho alusión a lo largo del trabajo, no es más que la adaptación (exigida) de nuestro ordenamiento a las directrices propuestas por la Convención. Teniendo en cuenta la trascendencia de la materia, era imprescindible que a nivel global se pusiera en juego esta renovación de los derechos humanos, no solo como una promesa de cooperación sino, además, adoptando las medidas pertinentes mediante reformas ajustadas a las exigencias requeridas. Debido a la dilación de muchos países (entre los que se encuentra el nuestro) a la hora de anunciar tales reformas y a la malinterpretación de algunos de los artículos de la Convención (en concreto el art. 12 CDPD), fue necesaria la intervención del Comité, con el fin de clarificar y dar las pautas apropiadas que este cambio de paradigma necesita¹⁴⁴. En su diálogo directo con España (19 de octubre de 2011 y 9 de abril de 2019), el Comité ha manifestado expresamente que está prohibido seguir incapacitando a las personas, lo que consecuentemente implica una reforma inmediata tanto del Código Civil como de la LEC.

Las bases del Anteproyecto se centran en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y se huye de una perspectiva meramente patrimonial, en aras de procurar un mayor cuidado de los aspectos personales¹⁴⁵. De hecho, su principal aportación es reconocer la igual capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (art. 12 CDPD) y configura la curatela como institución de apoyo judicial básica, reservando la tutela exclusivamente para la protección de los menores de edad¹⁴⁶. La figura de la *curatela* acoge varios de los supuestos de discapacidad: desde una asistencia para la cobertura de dificultades en la comunicación, relación social o movilidad, hasta un apoyo más intenso que incluye la sustitución (curatela representativa).

En general muchos autores se han quejado de la falta de concreción de algunos términos y figuras que son esenciales para poder llevar a cabo este tipo de reformas que sobrepasan el

¹⁴⁴ ALONSO PERREÑO, M. J., “La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad”, *Hay derecho*, 2019, referencia: <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/>

¹⁴⁵ CUADRADO PÉREZ, C. op. cit., p. 26

¹⁴⁶ MAGARIÑOS BLANCO, V., op. cit., p. 200.

ámbito jurídico. La Ley 41/2003 también fue criticada por su pobre redacción que hace imprescindible la interpretación de la doctrina y jurisprudencia para poder aplicarla. El uso y significado de las palabras, con una connotación determinada y haciendo referencia a una concreta realidad, es esencial en el ámbito jurídico. No se trata tampoco de establecer un *númerus clausus* de todas las realidades que abarcan la discapacidad, ya que serían tantas como casos concretos existieran.

Además de la curatela, se enumeran otras instituciones legales y judiciales: la guarda de hecho y el defensor judicial. La *curatela* se establece para aquellas situaciones de discapacidad que precisen un apoyo continuado, mientras que la *guarda de hecho* se considera un mero apoyo natural que no exige nombramiento judicial expreso. El *defensor judicial*, por su parte, se nombra para cuando en un momento concreto la persona que desempeñe la curatela no pueda actuar y ejercer como tal o en caso de existir un conflicto de intereses. Para las discapacidades severas, donde se necesite un apoyo mayor o incluso más que un acompañamiento en la toma de decisiones, la ley prevé la figura de la *curatela representativa*, en la que se deberá tener en cuenta la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona discapacitada¹⁴⁷. A juicio de MAGARIÑOS, se echa de menos la regulación de la “asistencia” (como así lo hace el Código civil de Cataluña y, análogamente, el ordenamiento italiano), constituida en jurisdicción voluntaria por la persona que la pudiera necesitar y que se encontrase con la capacidad para hacerlo en ese preciso momento¹⁴⁸.

Como se puede ver, no se destierra literalmente de nuestro ordenamiento la posible sustitución o representación de la persona afectada por la discapacidad¹⁴⁹, aunque sí se aprecia una evidente tendencia al modelo social propuesto por la Convención (opinión que no comparte el Comité).

De los preceptos modificados por la reforma, el contenido del art. 665 CC ya ha sido comentado y del resto artículos tratados a lo largo del trabajo cabe mencionar:

La modificación del art. 808 y, por consiguiente, de los arts. 813 y 782 CC, supone otra ruptura del principio de intangibilidad de la legítima y la posibilidad de privar totalmente de la herencia a los hijos no discapacitados. En otras palabras, parece que se ha incorporado al

¹⁴⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES y PLENA INCLUSIÓN, *Preguntas y respuestas: El anteproyecto de reforma del Código Civil*, 2020, pp. 4 a 8.

¹⁴⁸ MAGARIÑOS BLANCO, V., op. cit., p. 203 a 206

¹⁴⁹ c CUADRADO PÉREZ, C. op. cit., p. 29

ordenamiento una nueva causa de *pseudo* desheredación: la de tener un hermano discapacitado con dificultades para desenvolverse de forma autónoma. Con el art. 808 CC, además de pronosticarse una nueva razón de enfrentamientos entre hermanos (lo que con el tiempo perjudicará a la persona discapacitada, utilizándose como argumento lo dispuesto en el primer apartado de este epígrafe), se perciben las siguientes incertidumbres¹⁵⁰: En primer lugar, no se determina en ningún momento el alcance del concepto “desenvolverse de forma autónoma” y, por la importancia que tiene respecto de la aplicación del precepto, debería haberse definido con mayor precisión. En segundo lugar, al incluirse la expresión “salvo disposición contraria del testador”, el resto de hijos podrían verse incluso privados del fideicomiso si el padre así lo dispusiera, lo que en la práctica se traduciría en una desheredación de hecho.

Habida cuenta de manifestado, la duda es: ¿por qué no se ha aprovechado la reforma del Código para modificar íntegramente el sistema de legítimas que pide a gritos un cambio, en vez de eliminarlas para unos y para otros no? Habría sido más lógico un análisis minucioso y una nueva configuración de este pilar básico del Derecho de Sucesiones.

En cuanto a la modificación del art. 822 CC comparto la opinión de BOTELLO HERMOSA de que es insuficiente, ya que la única diferencia entre ambas redacciones es el titular del derecho, pasando de ser “una persona con discapacidad” a “una persona que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma”¹⁵¹. Al igual que en el caso anterior no se llega a especificar qué se debería entender por “desenvolverse de forma autónoma”. De hecho, el concepto autonomía es utilizado a lo largo y ancho del texto legal, sin nunca llegar a concretar su aplicación¹⁵². Además, la nueva redacción no resuelve ninguno de los interrogantes que las expresiones usadas por el legislador de 2003 (v. gr. “situación de necesidad” y “a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa”) han originado.

Desde este punto de vista, ¿por qué el legislador no optó por una modificación que ampliase y aclarase el contenido con el fin de solventar tantas dudas existentes respecto de un derecho tan importante para las personas con discapacidad?

¹⁵⁰ GOMÁ LANZÓN, F., op. cit.

¹⁵¹ BOTELLO HERMOSA, P., “La importancia del actual artículo 822...”, op. cit., p. 5.

¹⁵² Para ello habrá que acudir a la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en cuyo artículo 2 define conceptos como: autonomía, dependencia, actividades básicas de la vida diaria, necesidades de apoyo, etc.

Por último, cabe mencionar el simple pero trascendente cambio que presenta el nuevo art. 782 CC, respecto de la sustitución fideicomisaria. Como señalábamos en el anterior epígrafe, ésta solamente estaba dispuesta para los descendientes judicialmente incapacitados. En la nueva redacción, como fruto de la Convención, se dispone “en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial. Además, se añade otro párrafo que tiene su razón de ser en la alteración establecida con relación al sistema de legítimas.

A modo de conclusión, el Anteproyecto supone el primer paso de un largo proceso de transformación y adaptación de nuestro ordenamiento al marco establecido por la Convención. A ojos del Comité y de sus Observaciones, y en lo referente a al art. 12 CDPD, la reforma se queda a medio camino, sin llegar a cumplir las exigencias establecidas. En cuanto a su balance con respecto a la legislación anterior, concretamente los preceptos introducidos por la Ley 41/2003, hay que decir que, aunque si bien el nuevo texto legislativo armoniza y adecúa el concepto de “discapacidad” a los nuevos tiempos, no parece resolver las ambigüedades y deficiencias existentes y que precisaban un esclarecimiento.

CONCLUSIONES

I. La discapacidad configura la minoría más mayoritaria del planeta que ha tenido, sigue teniendo y nunca dejará de tener, un sinfín de obstáculos biológicos, jurídicos y sociales. Por ello los Estados han de prever en sus ordenamientos jurídicos una efectiva protección de sus derechos humanos, que son iguales a los del resto de ciudadanos (arts. 14 y 19 CE y art. 12 CDPD). Sin embargo, los principios de igualdad y no discriminación implican, en última instancia, un trato igual entre iguales y desigual entre desiguales (opinión contraria a la que parece tener el Comité).

II. Con el fin de proteger a la persona con discapacidad la legislación española dispone de una serie de mecanismos tanto de índole patrimonial (v. gr. el patrimonio protegido, la sustitución fideicomisaria, la fiducia sucesoria, una nueva causa de indignidad, etc.) como personal (la designación de un tutor o curador y los legados modales o condicionales), que les benefician tanto directa como indirectamente y que fueron introducidos principalmente por la Ley 41/2003. Pese al elevado número de recursos previstos, son también significativos los interrogantes jurídicos originados por la deficiente redacción técnico-jurídica que esta Ley plantea. Y lejos de esclarecer la situación, se introducen nuevos interrogantes de la mano de la nueva redacción del Anteproyecto de reforma. Son buenas las intenciones del legislador, pero se quedan a medio camino por un mal planteamiento de los preceptos.

III. Es evidente la existencia de un problema social (cambiante a lo largo de los años) con la discapacidad. A buen criterio de la ONU, y a pesar de la abundante normativa específicamente referida a este colectivo (tanto nacional como supranacional), se propone un necesario cambio radical: el modelo social. No obstante, y por mucho que se elimine la incapacitación, se hable de autonomía, se refuercen los derechos y libertades de las personas y se consideren todas las opiniones, estamos lejos de un mundo en el que la discapacidad se viva como una diferencia comprendida y no desconocida, sin prejuicios ni obstáculos...

... Como una realidad donde hay dolor, pero en la que también hay amor, y como decía Platón: “donde reina el amor, las leyes sobran”. Quizá sea mera coincidencia que nuestra sociedad tenga cada vez más leyes y que también se ame menos; o quizá sea que, precisamente por eso, necesitamos otro tipo de “cambio radical”.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2009.
- STS (Sala de lo Civil) de 28 de abril de 2015.
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2018.
- STS (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 2019.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código Civil
- Constitución Española
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 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 (LPPPD).
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- La Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, LIONDAU
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
- Orden de 8 de mayo de 1970 por la que se aprueba el texto refundido de los Decretos 2421/1960 de 20 de septiembre y 1076/1970 de 9 de abril, por la que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los subnormales
- Real Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales, de 22 de enero de 1910.
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho Civil V Derecho De Sucesiones*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Madrid, 2013.

ALONSO PERREÑO, M. J., “La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad”, *Hay derecho*, 2019. Referencia: <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/>

AMORES, S.E., “Tener un hermano discapacitado: acerca de la discapacidad y los vínculos familiares”, *Familia y Salud Mental*, Asociación de Psiquiatras Argentinos, Buenos Aires, Argentina, 2012.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Ed. Reus, 1ª ed., Madrid, 2018.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES y PLENA INCLUSIÓN, *Preguntas y respuestas: El anteproyecto de reforma del Código Civil*, 2020.

BOTELLO HERMOSA, P., (2015/2016). *La Sustitución Fideicomisaria: Resurgimiento de una de las figuras más importantes del Derecho sucesorio español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente*, Universidad de Sevilla, 2015/2016.

— (2018) “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”, *Dialnet. Anuario de Derecho Civil*, v. 71, n. 2, 2018.

— (2019) “La importancia actual del artículo 822 del Código Civil español y su falta de reforma en el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad1”, *Pensar*, v. 24, n. 4, 2019.

CABRA DE LUNA, M. A.; “Igualdad de oportunidades, o discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. Intervención en las X Jornadas sobre “*Derecho y situaciones de discapacidad*”, organizada por la Fundación Aequitas, el Ilustre Colegio Notarial de Bilbao y el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Bilbao, 22, 23 y 24 febrero 2006. Referencia:

http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=b687da92-c37b-4d32-81bd-1998d4abc918&groupId=10228

CASTILLERO MIMENZA, O., “Los 6 tipos de discapacidad y sus características”, *Psicología y Mente*, 2020. Referencia: <https://psicologiaymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Foro Justicia y Discapacidad), “Código de la discapacidad”, 29 de octubre de 2015.

CORRAL BENEYTO, R. “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español”, *El notario del siglo XXI*, n.48, 2013

CORVO LÓPEZ, F. M., “La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Civil*, v. VI, n. 4, 2019.

CUADRADO PÉREZ, C. “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 777, 2020.

CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 38, 2018. Referencia: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13308>

DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉ, M., *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas, Universidad Carlos III, Ed. Cinca, Colección Convención ONU n. 3, 1ª ed., Madrid, 2010.

DEL AGUILAR, L. M., “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014

DE LAS HERAS GARCÍA, M. A., “Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: personas mayores y derecho civil”, *Informes Portal Mayores*, n. 101, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 2, Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2012.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “El gravamen de la legítima en el Código Civil: situación tras la reforma de este por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista jurídica del Notariado*, n. 53, 2005..
- ESQUIROL JIMÉNEZ, V., *La incidencia de la Convención de Nueva York en la capacidad para testar*, 2019, Referencia: <http://www.notar-ius.com/2019/02/la-incidencia-de-la-convencion-de-nueva.html>
- FUNDACIÓN PREVENT, “Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones”, cap.2 *Concepto de discapacidad*”, 2013.
- GOMÁ LANZÓN, F., “Análisis crítico de la reforma de las legítimas en el anteproyecto sobre discapacidad”, *Hay derecho*, 2018. Referencia: <https://hayderecho.expansion.com/2018/11/29/analisis-critico-de-la-reforma-de-las-legitimas-en-el-anteproyecto-sobre-discapacidad/>
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *Actualidad Civil*, n. 16, 2005.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas”, *Revista de Derecho UNED*, n.1, 2006
- JUAREZ GALLEGO, M., “La familia: algunos cambios sociales significativos”, *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, v. 65, n. 127, 2007.
- LIZASOÁIN RUMEU, O., “Discapacidad y familia: el papel de los hermanos”, *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación*, Pamplona, v. 1, 2009.
- LIZASOÁIN RUMEU, O., ONIEVA, C.E., “Un Estudio sobre la Fratría ante la Discapacidad Intelectual”, *Psychosocial Intervention*, v. 19, n.1, 2010.
- LÓPEZ FRÍAS, M.J., “Las disposiciones testamentarias condicionales y modales”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, 2019.

- MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 3, 2018.
- MARTÍ SALORIO, C., *Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 en Derecho de Sucesiones. La protección patrimonial del discapacitado*, Madrid, 2018.
- MARTÍN DÉGANO, I. et. Al., “Guía de la fiscalidad de las personas discapacitadas en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas”, *Programa Operativo de Lucha Contra la Discriminación de la Fundación ONCE*, 2007.
- MORALES FERRER, S., *EL concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, Valencia, 2012
- MORENO NAVARRETE, M. A., y MORILLAS FERNÁNDEZ, M., *Capacidad e incapacidad legal*, 2008
- MORETÓN SANZ, M. F., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho UNED*, n. 6, 2010.
- OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.957.
- PALACIOS, A., “El modelo social de la discapacidad”, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2014.
- PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2007
- PÉREZ DE VEGA, L.M.^a., “Tratamiento fiscal de las personas con discapacidad en el impuesto sobre sucesiones y donaciones”, *Dykinson* n. 10, Valladolid, 2006.
- PÉREZ VELAZQUEZ J.P., “Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código Civil. Aporías de su actual redacción”. *Anuario de Derecho Civil*, v. 72, n. 4, 2019.

QUEMADA, J. I., *La valoración de la capacidad para decidir en personas con daño cerebral*.

Referencia: <https://xn--daocerebral-2db.es/publicacion/la-valoracion-de-la-capacidad-para-decidir-en-personas-con-dano-cerebral/>

QUESADA SANCHEZ A. J., “El discapacitado y su... ¿patrimonio protegido?” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 75, 2008.

RAMIRO IGLESIAS, JA; “La evolución conceptual del derecho de la discapacidad”. *Expansión*, 28 de junio 2011. Referencia: <https://hayderecho.expansion.com/2011/06/28/la-evolucion-conceptual-del-derecho-de-la-discapacidad/>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Incapacidad. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado en 19 de octubre de 2020

RODRÍGUEZ CATIVIELA, E. J., *El testamento de los in(dis)capacitados*. Referencia: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/8652-el-testamento-de-los-in-dis-capacitados>

RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., “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. 55, 2005.

VERDUGO, M.A; VINCENT, C; CAMPO, M; JORDÁN DE URRÍES, B. “Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante”. Servicio de información sobre discapacidad. 2001. Referencia: <https://sid.usal.es/idos/F8/8.4.1-5021/8.4.1-5021.PDF>

ANEXO

Reducciones autonómicas en la base imponible del ISD o bonificaciones en su cuota¹⁵³:

Comunidad Autónoma	Grado de minusvalía	Objeto y cuantía de la reducción
Andalucía	=> 33%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> incluidas las percibidas por beneficiarios de seguros de vida, cuya base imponible no supere los 250.000€, se reducirán en una cantidad variable con el fin de resultar una base liquidable igual a cero.
	=> 65%	
Aragón	=> 65%	Reducción propia. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> se reducirán en un 100%.
Balears	=> 65%	Reducción mejorada. En este caso, las adquisiciones <i>mortis causa</i> se reducirán en 300.000€, siendo compatible esta reducción con las reducciones estatales del artículo 20 LISD.
Canarias:	=> 33%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> se reducirán en 72.000€.
	=> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción será de 225.000€.
Cantabria	=> 33%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> incluidas las percibidas por los beneficiarios de seguros de vida, se reducirán en 50.000€
	=> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción es de 200.000€.
Castilla la Mancha	=> 65%	Reducción propia. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> tendrán una reducción en la cuota tributaria del 95%. Esta reducción es compatible con otras reducciones autonómicas por razón del parentesco, y se aplicará con posterioridad a éstas.
Cataluña	=> 33%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> incluidas las percibidas por los beneficiarios de seguros de vida, se reducirán en 245.000€
	=> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción será de 570.000€
Extremadura	=> 33% y < 50%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> se verán reducidas en 60.000€
	=> 50% y < 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción es de 120.000€
	=> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción alcanza los 180.000€
Galicia	=> 33% o => 65%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> se verán reducidas en 108.200€
	=> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción será de 216.400€

¹⁵³ PÉREZ DE VEGA, op. cit., pp. 61 a 62.

Madrid	=/> 33%	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> tendrán una reducción de: 55.000€.
	=/> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción será de 153.000€.
Valencia	Con minusvalía física, psíquica o sensorial (la Ley no específica)	Reducción mejorada. Las adquisiciones <i>mortis causa</i> se reducirán en 120.000€
	=/> 33%	Reducción mejorada. Desde el año 2004 se añade una bonificación en la cuota del 99% cualquiera que sea el grado de parentesco con el causante, pero sólo para minusvalía psíquica
	=/> 65%	Reducción mejorada. En este caso, la reducción en la base es de 240.000€, y desde el año 2005 existe una bonificación del 99% en la cuota cualquiera que sea el grado de parentesco.