

VNIVERSITAT^QED VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO



**EL CONCEPTO DE DISCAPACITADO Y SU
PROTECCIÓN PATRIMONIAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Salvador Morales Ferrer

Dirigida por:

**Prof^a. Dra. D^a. Luz María Martínez
Velencoso**

Prof^a. Dra. D^a. Raquel Guillén Catalán

Valencia, 2012

EL CONCEPTO DE DISCAPACITADO Y SU PROTECCIÓN PATRIMONIAL

Tesis doctoral

Presentada por Salvador Morales Ferrer

Dirigida por las Profesoras:

Dra. D^a. Luz María Martínez Velencoso

Dra. D^a. Raquel Guillén Catalán

Valencia, 2012

Un especial agradecimiento al Catedrático Dr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, que me impulso en la realización de la Tesis doctoral, y a las Directoras de la Tesis doctoral Prof^a. Dra. D^a. Luz María Martínez Velencoso y la Prof^a. Dra. D^a. Raquel Guillén Catalán para que fuese realidad.

Especialmente a mi tía

ÍNDICE -SUMARIO

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO JURÍDICO DEL DISCAPACITADO

1. CONSIDERACIONES GENERALES	11
2. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	12
3. EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD” EN EL DERECHO INTERNACIONAL	16
4. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	25
<i>4.1. El Concepto de discapacidad en algunos países de la Unión Europea.....</i>	<i>27</i>
5. EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD” EN LA LEY 41/ 2003, DE 18 DE NOVIEMBRE.....	31
<i>5.1. El reconocimiento del grado de minusvalía en la “discapacidad en el patrimonio protegido”</i>	<i>30</i>
<i>5.2. La acreditación de la “minusvalía” en el patrimonio protegido</i>	<i>42</i>
6. EL GRADO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	49
7. LA DECLARACIÓN DE “LA DISCAPACIDAD” EN LA VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL SUS DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE “DISCAPACIDAD” E “INCAPACIDAD JUDICIAL”	53
8. LA PERSONA DISCAPACITADA BENEFICIARIA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO	71
<i>8.2. La existencia de distintos beneficiarios en el patrimonio protegido</i>	<i>84</i>
<i>8.3. Las personas mayores discapacitadas beneficiarias en el patrimonio protegido</i>	<i>87</i>

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FINALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	91
2. LA FINALIDAD DE PATRIMONIO PROTEGIDO: CONSIDERACIONES GENERALES.....	96
<i>2.1. El objeto de la Ley del Patrimonio Protegido</i>	<i>99</i>
<i>2.2. La satisfacción de las necesidades vitales en las personas con discapacidad en el patrimonio protegido</i>	<i>103</i>
<i>2.3. Los medios económicos en el Patrimonio Protegido.....</i>	<i>105</i>

2.4. <i>El régimen jurídico del patrimonio protegido</i>	107
3. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	109
3.1. <i>La Ley del Patrimonio Protegido su creación mediante la Ley</i>	111
3.2. <i>El patrimonio protegido puede ser un patrimonio de destino</i>	113
3.3. <i>El régimen de administración y gestión</i>	114
4. LA NUEVA INSTITUCIÓN DE AUTOTUTELA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO	116
4.1. <i>Las características de la institución de la autotutela</i>	118
4.2. <i>La función de la autotutela en el patrimonio protegido</i>	121
5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	123
5. 1. <i>El Patrimonio protegido es considerado un patrimonio</i>	123
5.2. <i>El Patrimonio protegido es separado o de destino</i>	127
5.3. <i>Las ideas doctrinales en relación a la naturaleza jurídica del patrimonio protegido</i>	132
6. LA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO	135
6.1. <i>La responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil y sus efectos en el patrimonio protegido</i>	140
6.2. <i>La responsabilidad solidaria entre el patrimonio personal y el patrimonio protegido</i>	146
6.3. <i>La responsabilidad subsidiaria entre el patrimonio protegido y el patrimonio principal</i>	148
6.4. <i>La incomunicación de las deudas entre ambos patrimonios</i>	150
7. EL TRUST COMO ALTERNATIVA AL PATRIMONIO PROTEGIDO	153
7.1. <i>Las diferencias y semejanzas del Trust con el Patrimonio Protegido</i>	159

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIÓN LAS APORTACIONES Y LA CONSTATACIÓN REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. CONSIDERACIONES GENERALES	174
2. LAS PERSONAS LEGITIMADAS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	178
2.1. <i>La legitimación en la constitución del patrimonio protegido de la persona con discapacidad</i>	179

2.2. <i>El concepto de capacidad obrar suficiente en la constitución del patrimonio protegido</i>	181
2.3. <i>La apreciación de la capacidad de obrar por parte del Notario</i>	183
2.4. <i>Un menor de edad puede constituir un patrimonio protegido</i>	187
3. LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR LOS PADRES O TUTORES	
.....	192
3.1. <i>Constitución del patrimonio protegido por los padres</i>	193
3.2. <i>Constitución del patrimonio protegido por el tutor</i>	196
3.3. <i>Constitución del patrimonio protegido por el curador</i>	198
3.4 <i>Constitución del patrimonio protegido por el guardador de hecho</i>	201
3.5. <i>La constitución del patrimonio protegido por “cualquier persona con interés legítimo”</i>	205
4. LOS ELEMENTOS FORMALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	
.....	213
4.1. <i>El contenido del documento de constitución del patrimonio protegido</i>	219
5. LAS APORTACIONES REALIZADAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO	221
5.1. <i>Las personas que pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido</i>	222
5.2. <i>Las personas jurídicas pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido</i>	227
5.3. <i>Los bienes que pueden ser aportados al patrimonio protegido</i>	230
6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO	232
7. EL ELEMENTO DE “GRATUIDAD” EN LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO	233
8. LAS APORTACIONES REALIZADAS A TÉRMINO SU PROHIBICIÓN EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO	236
9. LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	241
9.1. <i>La necesidad de la constancia registral del patrimonio protegido</i>	243
10. LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL REGISTRO CIVIL	247
10.1. <i>Las personas que están legitimadas para proceder a la inscripción</i>	251
10.2. <i>El procedimiento para la inscripción del patrimonio protegido</i>	252
11. LA INCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	258
11.1. <i>Las personas legitimadas en la inscripción del patrimonio protegido en el Registro de la Propiedad</i>	259

12. LA INCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN OTROS REGISTROS 262

CAPÍTULO CUARTO

LA ADMINISTRACIÓN SUPERVISIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. CONSIDERACIONES GENERALES 265

2. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO..... 272

 2.1. *La administración del patrimonio protegido mediante una persona jurídica 276*

 2.2. *El nombramiento del administrador en el patrimonio protegido 277*

 2.3. *Varios administradores en el patrimonio protegido..... 281*

3. LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR EL PROPIO DISCAPACITADO CON “SUFICIENTE CAPACIDAD DE OBRAR” 285

4. LA SUBASTA PÚBLICA SU SUPRESIÓN EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO..... 292

5. LA FUNCIÓN DEL ADMINISTRADOR EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO 297

 5.1. *La gestión del patrimonio protegido por el administrador 298*

 5.2. *Las obligaciones del administrador 302*

 5.3. *La actuación del administrador del patrimonio protegido como un buen padre de familia .. 303*

 5.4. *El cumplimiento por el administrador la rendición de cuentas y la comunicación 304*

 5.5. *La responsabilidad que conlleva el cargo de administrador en el patrimonio protegido..... 307*

6. LA SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO 309

 6.1. *La supervisión voluntaria 312*

 6.2. *La supervisión institucional..... 314*

7. LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO 319

 7.1. *La muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario 322*

 7.2. *La pérdida de la condición de persona con discapacidad..... 325*

8. OTRAS EXTINCIONES QUE NO SE CONTEMPLAN EN EL ART. 6 DEL PATRIMONIO PROTEGIDO..... 329

 8.1. *La extinción del patrimonio protegido mediante resolución judicial..... 329*

 8.2. *El vaciamiento del patrimonio protegido 331*

9. LA RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO..... 333

10. EL DESTINO DE LOS BIENES DESPUÉS DE LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	334
10.1. <i>El destino de los bienes en caso de muerte o declaración de fallecimiento</i>	335
10.2. <i>El destino de los bienes tras la pérdida de la discapacidad.....</i>	338
11. LA REVERSIÓN DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	340
11.1. <i>Los elementos para que proceda la reversión en las aportaciones del patrimonio protegido extinguido</i>	342
12. LA IMPOSIBILIDAD DE DAR A LOS BIENES O DERECHOS SU FINALIDAD PREVISTA	346
13. LA CANCELACIÓN REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	348

CAPÍTULO QUINTO

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA DISCAPACITADA A TRAVÉS DEL DERECHO SUCESORIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES	354
2. LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER	354
2.1. <i>La indignidad para suceder en el artículo 756.7º del Código civil como elemento sancionador .</i>	357
2.2. <i>La causa de indignidad para suceder es testamentaria o abintestato</i>	360
2.3. <i>Los elementos que diferencian la capacidad para ser indigno de suceder</i>	365
2.4. <i>Las diferencias entre discapacitado e incapacitado judicial en la indignidad.....</i>	367
2.5. <i>La dispensa en el caso de indignidad para suceder</i>	370
2.6. <i>El derecho de acrecer de los legitimarios tras la declaración de indignidad</i>	374
3. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.....	376
3.1. <i>Las formas de aplicación del derecho de uso y habitación</i>	379
3.2. <i>Los elementos de aceptación en la donación de derecho de uso y habitación</i>	384
3.3. <i>El derecho de uso y habitación si es el propietario de la vivienda o es usufructuario como le afectará a la persona discapacitada.....</i>	385
3.4. <i>La aplicación del derecho de uso y habitación en la vivienda</i>	390
3.5. <i>Cuando la vivienda es ganancial de propiedad o ajena en el derecho de uso y habitación ...</i>	392

3.6. <i>La voluntad del testador en el derecho de uso y habitación</i>	398
3.7. <i>La intransmisibilidad gratuidad de la donación y el legado</i>	401
3.8. <i>El derecho de acrecer cuando son varios legitimarios discapacitados</i>	403
3.9. <i>La aplicación de la computación para el cálculo de las legítimas al derecho de habitación de la persona discapacitada e incapaz</i>	406
3.10. <i>La extinción del derecho de uso y habitación de la persona con discapacidad</i>	413
4. LA REDUCCIÓN DEL LEGADO QUE NO ADMITA CÓMODA DIVISIÓN	418
5. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA FIGURA JURÍDICA DEL INCAPACITADO JUDICIAL	422
5.1. <i>La reforma del artículo 782 del Código civil</i>	425
5.2. <i>Los problemas de disposición del incapacitado judicial en la sustitución fideicomisaria</i>	430
5.3. <i>Las obligaciones que tiene el fiduciario</i>	436
5.4. <i>El artículo 808 del Código civil las consecuencias de su reforma y su aplicación</i>	450
5.4.1. <i>El momento que se puede declarar la incapacidad judicial puesto que no es una disposición testamentaria</i>	452
5.4.2. <i>El nombramiento de un sólo fiduciario incapaz o todos los fiduciarios incapacitados</i>	455
5.4.3. <i>El nombramiento de un menor de edad como fiduciario</i>	459
5.4.4. <i>El padre con varios hijos y uno de sus hijos es incapacitado judicial puede crear un fideicomiso legitinario ordenando testamentariamente una sustitución ejemplar o cuasi ejemplar</i>	461
5.4.5. <i>Las características del fiduciario en el fideicomiso en el artículo 808 del Código Civil</i>	463
5.4.6. <i>La figura jurídica del fideicomisario</i>	467
6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS.	470
6.1. <i>La extinción del fideicomiso</i>	475
6.2. <i>La modificación del artículo 831 del Código civil y sus consecuencias en la fiducia parental</i>	478
6.2.1. <i>El significado de la fiducia parental</i>	483
6.2.2. <i>Las formas del ejercicio de la facultad del cónyuge supérstite</i>	484
6.2.3. <i>Se revocan los actos inter vivos o los actos mortis causa</i>	487

6.2.4. <i>El cónyuge supérstite puede enajenar</i>	488
6.2.5. <i>Las facultades que le son concedidas al cónyuge supérstite</i>	490
6.2.5.1. <i>La administración por el cónyuge supérstite del caudal relicto</i>	491
6.2.5.2. <i>Los bienes que recaen en la facultad del cónyuge supérstite</i>	492
6.3. <i>La delegación que tiene en la facultad de mejorar el cónyuge supérstite</i>	494
6.3.1. <i>Cuando se hubiera preterido un hijo común o descendiente</i>	499
6.4. <i>La distribución y adjudicación de los bienes y derechos</i>	501
6.4.1. <i>Las facultades que el causante le atribuye al cónyuge supérstite</i>	505
6.4.2. <i>Se pueden rescindir los actos del cónyuge supérstite facultado</i>	507
6.4.3. <i>El plazo para ejercitar la facultad de mejorar y distribuir por el cónyuge supérstite</i> ..	510
6.5. <i>La facultad de partir del cónyuge supérstite</i>	512
6.6. <i>Los impedimentos que puede tener el cónyuge supérstite cuando resulte ser declarado incapaz - citado judicial</i>	515
7. LA EXENCIÓN DE LA COLACIÓN EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	517
7.1. <i>El concepto de la exención de la colación</i>	518
7.2. <i>Las personas que pueden acceder a la exención en la colación</i>	522
7.3. <i>Las personas que están obligadas a prestar estas “necesidades especiales” y sus efectos en relación con el artículo 1041 del Código Civil</i>	525
7.4. <i>La influencia de la colación en el patrimonio protegido</i>	529
8. LA EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA	531
CONCLUSIONES	541
BIBLIOGRAFÍA	551
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	581
ÍNDICE VOCES	592

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
B.O.P.C.	Butlletí Oficial- Parlament de Catalunya
E.M.	Exposición de Motivos de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad
Ed.	Edición
C.C.A.A.	Comunidades Autónomas
C. c.	Código Civil
C.C.	Código Civil Catalán
C.c. It.	Código Civil Italiano
C.E.	Constitución Española
Cfr.	Compárese
C.I.D.D.M.	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
C.I.F.	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
C. P.	Código Penal

D.G.R.N.	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director
Dirs.	Directores
D.O.	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
L.A.A.D.	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de Dependencia
L.H.	Ley Hipotecaria
L.I.S.M.I.	Ley de Integración Social de los Minusválidos
L.I.R.P.F.	Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
L. E. C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.P.P.D.	Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad
L.R.C.	Ley del Registro Civil
nº	Número
O.I.T.	Organización Internacional del Trabajo
O.M.S	Organización Mundial de la Salud
O.N.U.	Organización de Naciones Unidas
Párr.	Párrafo
P.P.	Patrimonio protegido
P.PS.	Patrimonios protegidos
R.C.	Registro Civil
R.D.	Real Decreto

ABREVIATURAS

R. P.	Registro de la Propiedad
R.H.	Reglamento Hipotecario
R.R.C.	Reglamento del Registro Civil
S.A.P.	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.S.	Seguridad Social
T.C.	Tribunal Constitucional
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.S.	Tribunal Supremo
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
S. T. S. J.	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.C.	Tribunal Constitucional
Vid.	Ver
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha sido una de las promulgaciones legislativas más importantes en el ámbito del Derecho civil en el Siglo XXI. El Derecho civil anteriormente regulaba la incapacitación de las personas. Por tanto, la función de la norma es la de proteger a las personas con discapacidad, con el establecimiento de una protección patrimonial propicia, aunque existen ciertas deficiencias en la norma que hasta en el momento actual, no se han producido los frutos deseados.

Aunque entendemos que la norma en la actualidad es muy positiva, por haber creado la figura jurídica de la persona con discapacidad, y como consecuencia la creación de importantes modificaciones en el Código Civil, entre otras la figura jurídica la autotutela, y en el Derecho sucesorio la protección de la persona discapacitada mediante las figuras jurídicas de la indignidad para suceder, o el derecho de uso y habitación a favor de las personas con discapacidad, y la posibilidad de gravar la legítima estricta de los herederos siempre con la voluntad del causante a favor de un hijo o descendientes judicialmente incapacitados, aunque estos no estén discapacitados por lo que se crea polémica en la doctrina puesto que no se incluyen las personas discapacitadas, y las facultades que concede el causante al cónyuge superviviente a favor de los hijos o descendientes comunes, la exención de la colación a favor de las personas con discapacidad.

Puesto que la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, aunque tiene ciertas deficiencias, entendemos que en estos momentos actuales puede adquirir mucha relevancia, y sería muy importante que se desarrollara reglamentariamente con más profundidad, pues esta norma podría compaginarse con otras normas de Derecho social y que son de carácter prestacional, para que el Estado y las Comunidades Autónomas no tuvieran tanta carga económica, como puede darse el caso de la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, pues como enuncia el concepto de “dependiente” tiene que tener alguna discapacidad, por lo que entendemos que el legislador a efectos de una modificación legislativa, sería muy interesante que unificara 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, y la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y otras normas de carácter prestacional, puesto que se podría crear un patrimonio protegido en el que la persona con discapacidad tendría las necesidades vitales cubiertas, y al mismo tiempo si el patrimonio protegido no alcanza para estas necesidades vitales de la persona con discapacidad, podría atenderse a la persona con discapacidad tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas con una prestación, por tanto entendemos que el legislador está perdiendo una gran oportunidad.

Por otro lado, entendemos que es de notoriedad en norma que el legislador ha tenido en cuenta la voluntad de la persona discapacitada, siempre que no esté incapacitada judicial.

Puesto que a lo largo de nuestra historia legislativa las personas con discapacidad han sido consideradas como ciudadanos de segundo orden, por lo que siempre han estado sometidas al control y la vigilancia del Estado y especialmente de sus familias, siempre atendiendo a las personas discapacitadas. Este concepto con el tiempo fue cambiando positivamente, tanto por los órganos internacionales, en los países de nuestro entorno, mediante la influencia de la sociedad y las familias de las personas con discapacidad.

Pues debemos recordar que a tal efecto el año 2003 fue declarado “Año Europeo de las Personas con Discapacidad”, en el mismo año en nuestro país se promulgó la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Esta norma fue modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y 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. Por lo que, entendemos que la función más importante de la norma es la creación del patrimonio protegido y asimismo la protección de la persona con discapacidad.

Como se enuncia en el título de la tesis, el objetivo de la misma es la figura de la persona con discapacidad y su protección en la norma, siempre estudiándolo nosotros a efectos del Derecho civil, concretamente “el patrimonio protegido”.

Por lo que, entendemos que las figuras jurídicas que se han modificado en la norma lo que intenta el legislador es beneficiar a la persona con discapacidad.

Por otra parte, en lo que respecta a nuestra metodología de trabajo analizaremos todos los artículos de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del Derecho civil. Aunque hemos realizado una breve comparación con los países de nuestro entorno, omitiendo el Derecho Comparado a efectos generales, si bien hemos realizado unos breves apuntes sobre el Derecho Francés, Derecho Italiano y Derecho Suizo, considerando que nuestro Derecho Civil es avanzado, para solucionar cualquier problema sin importar figuras jurídicas de otros Ordenamientos Jurídicos extranjeros.

Por otro lado, entrando en la estructura de la tesis esta dividida en cinco capítulos, que comprenden los diferentes artículos de la norma siempre de acorde con nuestro Derecho civil y con ciertas referencias a las Comunidades Autónomas. Por lo que, antes de entrar a estudiar el patrimonio protegido, y el Derecho sucesorio, hemos dedicado el primer capítulo al estudio del concepto de persona con discapacidad en el ámbito jurídico y social, también mediante el análisis en el Derecho internacional, y sus respectivos organismos, y nuestros antecedentes históricos que de un modo u otro han tratado el concepto de discapacitado hasta nuestra actualidad, cuyo estudio lo realizamos desde el ámbito del Derecho social y desde el ámbito del Derecho civil concretamente en 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, y su modificación por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre

el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y 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.

Por otro lado, diferenciamos el concepto de discapacitado, con el concepto de incapacitado judicial elemento muy importante en la aplicación de la norma para la obtención del grado de discapacidad tanto por vía administrativa como por vía judicial, para poder crear un patrimonio protegido la persona con discapacidad, aunque en el caso de que la persona no tenga suficiente capacidad de obrar serán sus representantes legales, al mismo tiempo estudiaremos especialmente la persona beneficiaria del patrimonio protegido con aplicación a la persona discapacitada, la existencia de varios beneficiarios en el patrimonio protegido, sus efectos y su aplicación a las personas mayores que están discapacitadas.

Entrando en el análisis del patrimonio protegido está centrado en parte como hemos visto en el capítulo primero, y especialmente desde el capítulo segundo al capítulo cuarto, que hacen referencia a los artículos uno y ocho de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y su Exposición de Motivos. En el capítulo segundo se estudia la finalidad del patrimonio protegido, sus características. Por otro lado, estudiaremos aunque la persona que no esté aun discapacitada e incapacitada judicial, por su propia voluntad se puede aplicar la nueva institución de la autotutela, especificando su función, y por otra parte aclararemos la naturaleza jurídica del patrimonio protegido, especialmente la importancia sobre el principio de protección de la persona con discapacidad, pues

consideramos que es un patrimonio separado el patrimonio protegido, y en cierto modo un patrimonio de destino, por lo que será también motivo de estudio en este capítulo el principio de responsabilidad patrimonial puesto que el patrimonio protegido atiende a las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

Por otro lado, también estudiaremos en el mismo capítulo las semejanzas y diferencias del patrimonio protegido, con la figura jurídica del Trust, aunque existen ciertas similitudes de esta última figura jurídica en el Derecho civil catalán.

El capítulo tercero versa sobre el régimen de la constitución del patrimonio protegido, y concretamente sobre dos elementos: el primer elemento serán las personas que están legitimadas para constituir, o poder solicitar la constitución, y el segundo elemento los elementos formales para lograr la constitución del patrimonio protegido, y las aportaciones que se realizan al patrimonio protegido. Por lo que, serán las aportaciones que los legitimados realizan mediante bienes y derechos, contemplando su régimen jurídico y especialmente el elemento de gratuidad, pues si no existiese el elemento de gratuidad no sería aplicable al patrimonio protegido, por ser contrario al espíritu de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Por tanto, se realizara la constancia registral del patrimonio protegido por las personas que están legitimadas para su inscripción registral, con la incorporación de la modificada Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos. Al respecto, observaremos desde diferentes perspectivas para su inscripción del patrimonio protegido desde el Registro

civil, Registro de la propiedad, y otros Registros que se puedan inscribir los bienes y derechos del patrimonio protegido.

El capítulo cuarto tratamos sobre la administración del patrimonio protegido, concretamente la figura jurídica del administrador, o en el caso de que hubieran varios administradores, su nombramiento, sus funciones, sus obligaciones, sus causas de remoción por su mala gestión en el patrimonio protegido, y después abordamos la supresión de la subasta pública del patrimonio protegido, en el caso de que sea más beneficiosa para la persona discapacitada e incapacitada judicial, la constitución del patrimonio protegido por la persona con discapacidad siempre que tenga suficiente capacidad de obrar, y al respecto estudiaremos también como elemento principal del patrimonio protegido la supervisión o control al que en cierto modo puede estar sometido el administrador del patrimonio protegido. Pues como trataremos existen dos tipos de control: el primero será la supervisión de carácter institucional que la ejercerá el Ministerio Fiscal estando este asistido por el órgano creado para dicho efecto la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y el segundo la supervisión de carácter voluntario, que creó el constituyente del patrimonio protegido, y por último se analizarán las causas de extinción del patrimonio protegido, y el destino de los bienes en caso de fallecimiento, o, declaración de fallecimiento, y la pérdida de la discapacidad, aunque existen otras formas de extinción como estudiaremos, bien por resolución judicial, o mediante vaciamiento del patrimonio protegido, en este último caso por el agotamiento de los bienes y derechos que lo integran, o mediante imposición de cláusulas por el constituyente del patrimonio protegido, por lo que se extinguió el patrimonio protegido causando una la reversión de los bienes o derechos y las aportaciones, por lo que también trataremos las causas de imposibilidad de dar la finalidad

prevista a estos bienes o derechos, y finalmente como es normal cuando se extingue el patrimonio protegido la cancelación registral del mismo, por medio de la persona discapacitada sí tiene suficiente capacidad de obrar o en el caso contrario si la persona no tiene suficiente capacidad de obrar serán sus representantes legales, tanto en el Registro civil, como en el Registro de la propiedad, y en los diferentes Registros.

El último capítulo en concreto el quinto estudiaremos la protección de la persona con discapacidad en el Derecho sucesorio, pues tras la promulgación de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se modificaron numerosos artículos del Código civil, en este caso estudiamos la indignidad de suceder a la persona discapacitada, las causas de la indignidad sucesoria, sus efectos en los herederos de la persona discapacitada, y la dispensa de la indignidad de suceder, en el caso de que no hubiese dispensa, se aplicaría el derecho de acrecer de los demás legitimarios, otro elemento que estudiaremos es el derecho de uso y habitación a favor de una persona con discapacidad, las formas de aplicación que conlleva este derecho y sus efectos en la persona con discapacidad, especialmente el elemento principal la voluntad del testador, y su extinción. En el mismo capítulo estudiaremos la reducción del legado que no admita su cómoda división, si realmente es positivo para la persona tanto para discapacitada, como en la persona incapacitada judicial, y la sustitución fideicomisaria en la figura jurídica de los hijos o descendientes incapacitados judiciales, sus efectos, las obligaciones que tiene la persona fiduciaria que será incapacitado judicial por lo que tendrá que tener un tutor, y la posibilidad de nombrar varios fiduciarios incapaces, o sí realmente puede ser nombrado un menor fiduciario, y la extinción del fideicomiso y sus consecuencias. Otras de las modificaciones que estudiaremos en este capítulo tras la promulgación de la Ley de protección

patrimonial de las personas con discapacidad, será la figura jurídica de la fiducia parental su concepto, las facultades que se le concede por parte del causante al cónyuge supérstite, como la administración del caudal relicto, y la facultad que tiene de mejorar al hijo o descendientes discapacitados, las facultades delegadas por el causante al cónyuge supérstite en la distribución y adjudicación de los bienes y derechos, y el plazo que tiene éste para ejercitarlos, y la especial facultad como lo menciona la doctrina que tiene el cónyuge supérstite de partir los bienes y derechos, y finalmente las dificultades que tiene el cónyuge sobreviviente si es declarado incapacitado judicial. Otro de los elementos que trataremos en este capítulo será la exención de la colación y su concepto en las personas con discapacidad, y sus efectos pues como estudiaremos ciertamente está en desacuerdo la doctrina, puesto que esta modificación no afecta a las personas incapacitadas judiciales, y, finalmente trataremos la extinción de la fiducia y los efectos que conllevan a esta situación.

CAPITULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.- 2. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.- 3. EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD” EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- 4. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- 4.1. El concepto de discapacidad en los países de la unión Europea.- 5. EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD” EN LA LEY 41/ 2003, DE 18 DE NOVIEMBRE.- 5.1. El reconocimiento del grado de minusvalía en la “discapacidad en el patrimonio protegido”.- 5.2. La acreditación de “minusvalía” en patrimonio protegido.- 6. EL GRADO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.- 7. LA DECLARACIÓN DE “LA DISCAPACIDAD” EN LA VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.- 7. LAS DIFERENCIAS ENTRE “DISCAPACIDAD” E “INCAPACIDAD JUDICIAL”.- 8. LA PERSONA DISCAPACITADA BENEFICIARIA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 8.1. La influencia del grado de discapacidad en persona discapacitada, para ser beneficiara del patrimonio protegido.- 8.2. La existencia de distintos beneficiarios en el patrimonio protegido.- 8.3. Las personas mayores discapacitadas beneficiarias en el patrimonio protegido.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad¹, introduce en el Derecho privado concretamente en el Derecho civil el concepto de discapacidad esto es un aspecto positivo, pues anteriormente era reconocido por otros ámbitos del Derecho, como el Derecho social o laboral y Derecho administrativo, por lo que era un concepto utilizado por nuestra doctrina. Por estos motivos es interesante que en nuestro Derecho civil sea incluido el concepto de discapacitado.

Por otra parte, podemos afirmar el aspecto negativo que todavía se sigue utilizando como las expresiones inválidos o inútiles, y, por último tras la promulgación de la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia² con el nuevo concepto de dependiente. Por lo que, no existe un concepto unificador en el concepto de persona discapacitada, puesto que existen diversos conceptos entre ellos: incapacitados judicialmente o personas que son en grado incapaces parcialmente, minusválidos o dependientes.

¹ B.O.E. núm. 277 de 19 de noviembre.

² B.O.E. 15 diciembre 2006, núm.299, pág. 44142.

2. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

La discapacidad es una desventaja que sufre una persona, tanto en sus factores internos (físicos, sensoriales o psíquicos) que le causan una restricción, como en los factores externos (actividades cotidianas) para ejercer cualquier actividad en la sociedad.

Al respecto, los autores DE LORENZO y PALACIOS³ definen la discapacidad: “como la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea”. De esta forma podemos extraer dos elementos que se intuyen en la discapacidad:

³ DE LORENZO, R., y PALACIOS, A., (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros, J.L.,) (2007). “Discapacidad, Derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV., *Los Derechos de las personas con discapacidad. Aspectos Jurídicos*. (Vol. I). Consejo General del Poder Judicial: Madrid, p. 7. De la misma forma, se pronuncia el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad. BOE 26 enero 2000, núm. 22, p. 3317, en su Anexo 1. Introducción señala el concepto de discapacidad, recogido por la Clasificación Internacional de la Organización Mundial de la Salud como: “la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano” para nosotros este concepto se conjugarían tanto el factor interno que sería “ la restricción o ausencia de la capacidad”, con el factor externo “ que se considera normal para el ser humano”, y siguiendo con la norma añade “En el anexo 1.B se establecen los criterios para evaluar las circunstancias personales y sociales que pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo, agravando la situación desventaja originada por la propia discapacidad” graduándose los factores sociales o como dicen los autores: “causada por la organización social contemporánea”.

a) Los factores internos considerados por el déficit que tiene la persona, para ejercer una actividad en la sociedad⁴.

b) Los factores externos son los que imposibilitan a la persona ejercer la actividad en la sociedad⁵, y siguiendo adicionalmente se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 11 de mayo 2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) RJ 2010\3691, en su II. Fundamento de Derecho Primero, al señalar los factores internos y externos de las personas con discapacidad: “al establecer que la discapacidad es un concepto, debidas a la actitud, la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas, al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en la igualdad de condiciones con los demás”, como consecuencia la sentencia lo aclara, y el art. 1º de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, establece: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o intelectuales o sensoriales a largo plazo para interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Por otra parte, desde los inicios del concepto de la discapacidad, su tratamiento ha sido la creación de políticas sociales para atenuar, tanto la

⁴ Al respecto, los autores DE LORENZO, R., y PALACIOS, A., “Discapacidad, Derechos fundamentales y protección constitucional”. Op. Cit., p. 7, aportan: “deficiencia es la pérdida de todo o parte de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo”.

⁵ En este sentido, el autor JIMENEZ LARA, A., (Dir. De Lorenzo, R., y Cayo Pérez Bueno, L.) (2007). “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 191, entiende: “La persona puede encontrarse en una situación de desventaja frente a los demás”.

desventajas del factor interno⁶, como el factor externo⁷ que tiene la persona discapacitada, y que dificultan su vida cotidiana en la sociedad, lo que con el tiempo afortunadamente se han abandonado los conceptos “de inválidos”, “minusválidos” o “inútiles”⁸.

Por lo que, entendemos que toda persona tiene un valor en sí misma, sea discapacitada o no, al respecto el autor QUESADA SÁNCHEZ⁹ aporta: “toda persona tiene un valor en sí misma y no debe ser objeto de evaluación. Otra cosa diferente es comprobar sus actuaciones o el desarrollo de actividades o sus habilidades”, de esta forma el autor demuestra que las personas con discapacidad, han sido estigmatizadas en el curso de la historia, y también se pronuncia sobre el concepto de “inutilidad”, con referencia al antiguo servicio militar.

Lo cierto, es que la persona discapacitada como habíamos comentado anteriormente tiene que poseer un déficit, lo que denominamos factor interno en el concepto de discapacitado, pues de lo contrario la persona

⁶ El déficit que tiene la persona discapacitada, tanto física, sensorial o psíquica.

⁷ La imposibilidad que tiene la persona discapacitada para ejercer una actividad cotidiana o laboral en la sociedad.

⁸ De esta forma, cabe citar el R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre. Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. BOE 26 enero 2000, núm. 22, p. 3317 en su Disposición adicional segunda en su actualización terminológica y conceptual, trata de adecuar a Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y la nueva clasificación de la O.M.S., en su “Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud” a la sustitución en esta norma del término “minusvalía” por el término “discapacidad” y “grado de limitaciones en la actividad” como factor externo, con los elementos externos leves a graves en los términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, con el elemento interno de la persona que compara la norma en la realización de la misma actividad con una persona que no tuviera ese “grado de limitaciones en la actividad”.

⁹ QUESADA SÁNCHEZ, F. J., (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.) (2007). “Concepto, características y normativa jurídica de la persona,” en AA.VV., *Los Derechos de las personas con discapacidad. Aspectos Jurídicos*. (Vol.II). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 1052.

tendría la facultad de poder ejercer sus actividades con normalidad ante la sociedad.

Por otra parte, entendemos que la persona discapacitada puede padecer un déficit, físico, sensorial o psíquico o todos a su vez, por lo que puede en su caso tener la necesidad de una tercera persona para el ejercicio de las actividades externas ante la sociedad.

Lo cierto, es que como hemos visto la persona con discapacidad tiene que resolver su discapacidad por medio de una graduación en su déficit, tanto el factor interno, como en su factor externo¹⁰, como señala el autor MUÑOZ DE DIOS¹¹: “pues se trata de resolver a través de una graduación de minusvalía, tanto mental como física”.

Por tanto, no solo la persona tiene que estar discapacitada, sino que tiene que tener un grado de discapacidad, lo que considera el autor MUÑOZ DE DIOS¹²: “una graduación de minusvalía”.

¹⁰Al respecto, los autores DE LORENZO, R., y PALACIOS, A., “Discapacidad, Derechos fundamentales y protección constitucional”. Op. Cit., p. 6, señalan: “en el ámbito anglosajón, personas discapacitadas-disabled people-, aclarando que dicha condición es consecuencia del entorno social, es decir las personas son discapacitadas por la sociedad”.

¹¹ MUÑOZ DE DIOS, G., (Dir. Martínez Die, R.) (2000). “El patrimonio del discapacitado”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP*. (1ª Ed.). Madrid: Civitas, p. 60.

¹²MUÑOZ DE DIOS, G., “El patrimonio del discapacitado”. Op. Cit., p. 60.

3. EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD” EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La evolución del concepto de discapacidad se inicia por medio de la nueva definición de retraso mental en 1992, y la nueva propuesta de Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (C.I.F.), adoptada por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) en su 54ª Asamblea General, en mayo de 2001. Por lo que, fue una importante revisión y modificación de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (C.I.D.D.M.), que se adoptó con carácter experimental por la misma Organización Internacional en su 29ª Asamblea General en mayo de 1976 (y su primera edición se publicó en 1980). Ante esto, cabe decir que la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), ha tenido dos instrumentos para definir el concepto de discapacidad, son los siguientes: la C.I.D.D.M., y la C.I.F.

a) El concepto de discapacidad en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías y su importancia en el Derecho internacional

Según la O. M. S., en su C.I.D.D.M., publicada en 1980, define la discapacidad como: “toda restricción o ausencia en forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”, y como

adicionalmente señala la autora SÁNCHEZ CARAZO¹³: “no podemos olvidar que en una mayoría de los casos la discapacidad es consecuencia de un proceso de salud, como un accidente, una enfermedad propiamente dicha, una alteración genética o una disfunción orgánica”.

Por otra parte, tenemos que distinguir el concepto de “minusvalía”, del concepto “discapacidad”, pues entendemos que el primer concepto atiende al grado de afección de discapacidad que tiene la persona, aunque atendiendo a la postura diferente de la autora SÁNCHEZ CARAZO¹⁴ aporta que: “el cambio de los conceptos, de “minusvalía” por “discapacidad”, mediante este último concepto, intenta no reflejar los aspectos negativos de la persona que los padece”.

Por otro lado, los autores PALACIOS y BAFFIRI¹⁵ entienden: “que esta diferencia entre discapacidad y deficiencia ha sido muy bienvenida por organizaciones de personas con discapacidad, quienes abogaron por su plasmación en los textos jurídicos y documentos internacionales. No obstante, si bien el reclamo no se ha llegado a una definición que satisfaga dicho reclamo de manera absoluta”, postura que compartimos puesto que se plasma el concepto de discapacidad en los textos legales, y, además se diferencia para nosotros el concepto de “minusvalía” como grado de discapacidad, del concepto “discapacidad”, pues nosotros no comprendemos esta diferenciación puesto que la entendemos en sentido

¹³ SÁNCHEZ CARAZO, C., (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.,) (2008). “Políticas de integración”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado*. (Vol.III). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 1313.

¹⁴ SÁNCHEZ CARAZO, C., “Políticas de integración”. Op. Cit., p. 1316.

¹⁵ PALACIOS, A., y BAFFIRI, F., (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. (1ªEd.). Madrid: Cinca, p. 59.

peyorativo, pues lo que hubiera podido hacer el legislador es eliminar “minusvalía” en cuando grado de discapacidad, por grado de discapacidad.

Nuestra conclusión es que podemos considerar como una discapacidad, por ejemplo el caminar mediante un andador, que sería una deficiencia interna, mientras que una deficiencia externa sería el entrar en un edificio debido a que su entrada consiste exclusivamente en una escalera que sería la dificultad, pues todo esto entendemos que engloba el concepto de discapacidad. Por lo que, consideramos que no existe un concepto unificador de discapacidad, aunque si existen diversos conceptos y cada uno tendría un término jurídico-médico de discapacidad.

b) El concepto de discapacidad en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)

En el año 2001 se aprueba la revisión de la C.I.D.D.M., con el nombre International Classification of Functioning Disability and Health. Una de las causas era la falta como apuntamos antes de un concepto unificador de discapacidad.

Por lo que, las causas que facultaron su revisión como aclaran los autores entre ellos cabe mencionar al autor que aporta JIMENEZ LARA¹⁶:

¹⁶JIMENEZ JARA, A., “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”. Op. Cit., p. 191. JIMENEZ BUÑUALES, M. T., et. al. (2002). *La clasificación Internacional de las Discapacidades y de la Salud (CIF) 2001*. Revista Española de Salud Pública, nº 4-Julio-Agosto, p. 273, al sostener: “La naturaleza unidimensional, el predominio de la perspectiva negativa centrada en las deficiencias, el punto de vista de la discapacidad como hecho individual y el escaso enfoque de los aspectos sociales y contextuales”.

“Sin embargo a pesar de su evidente utilidad para distinguir como conceptos diferentes a las deficiencias, las discapacidades y las minusvalías, el esquema conceptual de la C.I.D.D.M., no facilitaba una información adecuada sobre la relación entre los conceptos, y se tendió a interpretar, incorrectamente, como un modelo causal y unireccional”.

De esta forma, la clasificación revisada tiende a una definición de la salud y el concepto en cuanto su funcionamiento en la persona con estos déficits, pues es un término globalizador tendente a unificar las funciones corporales, actividades, y la participación en la sociedad, pues en esta clasificación no se utiliza el concepto “minusvalía”. Puesto que el concepto de “minusvalía” los autores PALACIOS y BAFFIRI¹⁷ entienden: “que dicho modelo pudo resultar útil para garantizar el desarrollo de actuaciones ante las situaciones de minusvalía, ha contribuido también a reforzar los elementos de estigmatización”, postura que nosotros compartimos puesto que el concepto “minusválido” diferencia para nosotros a las personas, mientras que la persona con discapacidad tiene unos déficits, y estos no estigmatizan a las personas con un grado de minusvalía (para nosotros estaría más acorde el grado de discapacidad) para la obtención de la discapacidad.

Por tanto, entendemos que el concepto de discapacidad comprende las funciones corporales, todo lo que corresponde al cuerpo y sus órganos, las funciones de las actividades que se desarrollan dentro de la capacidad de la persona, y las funciones que la persona desarrolla participando en la sociedad. Puesto que se catalogan en deficiencias cuando la persona no puede desarrollar estos principios anteriormente mencionados, que actúan

¹⁷ PALACIOS, A., y BAFFIRI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Op. Cit., p. 60.

como funciones vitales, por lo que quedan incluidos en la nueva C.I.F., como el funcionamiento y la discapacidad, y, también como una serie de factores contextuales: que son los factores personales y factores ambientales.

De esta forma, se puede decir que la nueva C.I.F., como señalan los autores PALACIOS y BAFFIRI¹⁸ se encuentran basados en la integración de dos perspectivas: “la médica o biológica y la social”. Con la finalidad de conseguir la integración de las diferentes dimensiones del funcionamiento, la clasificación utiliza un enfoque “biopsicosocial” que intenta conseguir una síntesis del concepto “discapacitado”, mediante la inclusión del concepto biológico de la persona enferma, el concepto individual de la persona y su entorno social, que en la realidad este último concepto es muy complejo para el concepto de discapacidad. De esta forma, se utilizó el término “alteración de la salud”. Por tanto, con la utilización de unas tipologías nuevas, pero realmente no se empleó el concepto de enfermedad, puesto que este concepto no especifica la situación de la persona enferma, y el grado de discapacidad.

c) La plasmación del concepto de discapacidad en el Derecho Internacional

El inicio del concepto de discapacidad para promover el Derecho de

¹⁸ PALACIOS, A., y BAFFIRI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Op. Cit., p. 63.

las personas discapacitadas, se inició por medio de las Naciones Unidas con sus actuaciones legislativas en diversos países que la integran¹⁹.

Al respecto, el primer texto relativo a la discapacidad se realizó en el año 1971, con la Declaración de los Derechos del Retraso Mental, proclamado por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971. En 1975 se adoptó la Declaración de los Derechos de los Impedidos²⁰, y definitivamente en el año 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó como el “Año Internacional de las Personas con Discapacidad”, cuyo objetivo fue poner en marcha un plan de acción internacional, sus elementos fundamentales fueron: la igualdad de oportunidades, rehabilitación y su prevención. Lográndose este año el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General en diciembre de 1982 que abarcó el periodo de 1983 a 1992.

Por lo que, se introdujeron normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas elaboradas por las Naciones

¹⁹ Al respecto, entienden los autores GARCÍA CALVENTE, Y., (Dir. Calvo Ortega R., y García Calvete Y.) (2007). “Cap. I- Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”, en AA.VV., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Pamplona: Aranzadi, p. 43.: “Las Naciones Unidas han desarrollado una labor muy importante en materia de promoción del bienestar y de los derechos de las personas”. C. COURTIS., (Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno L. C.) (2007). “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, p. 278.: “durante las etapas iniciales de este ciclo, en las décadas de los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo, las agencias de las Naciones Unidas cooperaron con algunos estados miembros a través de acciones de asistencia y entrenamiento en las áreas de la prevención y rehabilitación de las discapacidades”.

²⁰ Término a la que se designaba a la persona “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”, proclamado por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Unidas en el año 1993, lo que supuso un cambio radical a favor de los Derechos humanos y de un modelo social sobre discapacidad²¹. Por tanto, se impulsó el concepto de discapacitado en la O.N.U., en su resolución 56/168, 19 de diciembre de 2001, decidiéndose el establecimiento de un Comité Especial, abierto a la participación de todos los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas, para que se examinase las propuestas relativas a una Convención Internacional siendo esta amplia e integradora de esta forma promovía y protegía los Derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, como lo denomina el autor GARCÍA SERRANO²²: “sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación”. De esta forma, se aprobó un informe final del Comité Especial encargado de preparar la Convención Internacional, promoviendo así los Derechos de las personas con discapacidad (en la A/61/611, de 6 de diciembre de 2006).

Por lo que, tras un largo proceso el 13 de diciembre de 2006 se aprobó, la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad²³, de esta forma se define el concepto de discapacidad en

²¹ Para PALACIOS, A., y BARAFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Op. Cit., pps. 27- 28, lo definen muy escuetamente: “Los instrumentos que resultan más representativos en este sentido son: los Principios para la protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental y de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad”. C. COURTIS., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema.”. Op. Cit, pps. 309-310, expresa lo mismo que los anteriores autores al señalar: “La convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha seguido también, en gran medida, en el listado de derechos reconocidos universalmente”.

²²SERRANO GARCÍA, I., (2008). *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. (1ª Ed.). Paracuellos de Jarama (Madrid): Iustel, p. 61.

²³ Resolución A/Res/61/106, 76ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobando la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el Protocolo Facultativo

su art.1. 2º párr., al señalar:“La personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Esta norma obliga y protege a los Estados firmantes ²⁴a la no discriminación, participación en la sociedad, igualdad de

de la Convención que figuran en el anexo de la presente resolución, que quedarán abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York a partir del 30 de marzo de 2007. La Convención Internacional de los Derechos de los Discapacitados. Al respecto, define su función el autor JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”. Op. Cit., p. 181.: “promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y por igual del conjunto de derechos humanos por las personas con discapacidad”.

²⁴ 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor 3 de mayo de 2008, y proclama en su artículo 1: “El propósito de la presente convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su discapacidad inherente”. Uno de los puntos más importante fue La igualdad de reconocimiento de las personas ante la Ley. Al respecto, los autores PALACIOS, A., y BAFIRRI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Op. Cit., pps. 104 -105, sostienen: “Una de las cuestiones más polémicas de las negociaciones, el aspecto relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, puso en jaque a la mismísima adopción del texto final. Ello en virtud principalmente de un enfrentamiento entre los países que abogaban por el reconocimiento pleno, tanto en la capacidad de derecho como de obrar, liderados esencialmente por la Unión Europea, y aquellos países que abogaban por no incluir una referencia relativa a la capacidad de obrar, liderados por un amplio número de países islámicos, China y Rusia. La disputa se saldó al momento de la adopción final de texto por parte al pie de página en el artículo 12 con la siguiente enunciación: “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”. Finalmente, la aprobación del texto final por parte de la Asamblea General, omitió, la nota al pie de página, dando lugar a una disposición de vanguardia para las personas con discapacidad, puesto que impone obligaciones a los Estados, que significará la reforma de la legislación doméstica en su gran mayoría sobre la capacidad jurídica”. Así quedo configurado el artículo 12 sobre el reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica: 1º. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2º. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; 3º Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4º Los Estados

oportunidades, accesibilidad e igualdad entre el hombre y la mujer, el respecto a los niños y niñas discapacitados, incluidas en su decálogo²⁵.

Por tanto, como el autor JIMENEZ JARA²⁶ afirma: “la convención marca un cambio en el concepto de la discapacidad, pasando de una materia de bienestar social a una cuestión de derechos humanos”. Por lo que, entendemos ante esta afirmación que la norma se incluye en el Derecho Internacional para garantizar los Derechos de las personas con Discapacidad, tanto en otros Ordenamientos Jurídicos internos de otros

Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona. 5.º Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria, y como señalan los autores PALACIOS, A., y BAFIRRI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Op. Cit., p. 105.: “puesto que impone obligaciones a los Estados, que significará la reforma de la legislación doméstica”.

²⁵ Para los autores PALACIOS, A., y BARAFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Op. Cit., p. 55, entienden: “El objeto o propósito de la Convención bajo análisis no es otro que “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” reproducen el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁶JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”. Op. Cit., p. 181

países, como nuestro Ordenamiento Jurídico interno, y, por supuesto en materia de Derecho civil.

4. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La primera medida legislativa, se inició mediante la Carta Social Europea de 1962 que se firmó en Turín, el 18 de octubre de 1961, en su parte I, se dedica a los objetivos tanto de la política nacional como internacional, en su punto 15 expresa: “Toda persona inválida tiene derecho a la formación, readaptación”. De este modo se entronca con el concepto de discapacidad, pero aún no queda definido el concepto discapacidad, de la misma forma cabe mencionar la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 en la que se utiliza la terminología “minusválidos”.

Por tanto, cuando se comenzó asumir los primeros planteamientos sobre personas con discapacidad²⁷, fue en el momento de la publicación de la Comunicación de la Comisión sobre Igualdad de Oportunidades de las personas con minusvalía, de 30 de julio de 1996 y la Resolución del Consejo, y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en la sede del Consejo sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía, de 20 de diciembre de 1996.

²⁷ No recogiendo la definición de discapacidad.

Por otro lado, el Consejo de Europa acogió un amplio interés sobre las personas con discapacidad, con la presentación de un documento sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en la Recomendación R (92) 6 sobre una Política Coherente para la Rehabilitación de las Personas con Discapacidad.

Al respecto, el Tratado que constituyó la Comunidad Europea, tenía arraigo en el Tratado de Ámsterdam de 1997, que protege los Derechos en ciertos aspectos sobre las personas con discapacidad en su art. 13, contra la lucha contra su discriminación.

Por otro lado, uno de los principales ejes de la discapacidad, fue el Tratado de Maastricht firmado el 7 de septiembre de 1992, que entró en vigor en 1993, desde el punto de vista de la discapacidad, se derivan del articulado en el Protocolo 14, constituyendo el objetivo de la Comunidad Europea y los Estados, en este sentido la lucha contra la exclusión, integración en el mundo laboral y dialogo social con la declaración de la discapacidad²⁸, y en el año 2000 se obtuvo un gran avance, al promulgarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en sus arts. 21 y 26, se empleó el concepto de discapacidad con sus elementos de protección e integración, dando lugar a ciertas directivas para la protección a las personas discapacitadas²⁹, y finalmente se culminó mediante la

²⁸ En este sentido, el autor ALONSO SOTO, F., (Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno L. C.) (2007). “Tratado de la discapacidad en la Unión Europea”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, p. 329, señala: “permiten afirmar que el Tratado de Maastricht no pasó en blanco, desde el punto de vista de la discapacidad”.

²⁹ Cabe mencionar, la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la decisión del Consejo 2000/750 por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) D.O. L núm. 303/23 de 2 diciembre 2000.

Comisión Europea en la consecución del objetivo de los Derechos de las personas con discapacidad, declarando el Año 2003 Europeo de los ciudadanos con discapacidad, y así sensibilizando a los ciudadanos europeos de los Derechos de las personas con discapacidad, como consecuencia de esta declaración la Comisión adoptó un Plan de acción plurianual europeo en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad durante el periodo 2004 al 2010, cuyo objetivo fue enfocar la problemática y los Derechos que tienen las personas con discapacidad en la Europa actual.

4.1. El Concepto de discapacidad en algunos países de la Unión Europea

Como es lógico, en los países europeos el Derecho interno ha evolucionado, como nuestro Derecho interno, por lo que se ha legislado a favor de las personas con discapacidad.

En el caso, de Alemania en su artículo 10 del Código Social Alemán reconoce el Derecho social de los discapacitados a la integración, definiéndolo: “toda persona afectada de una discapacidad física, mental o psicológica, o que tenga el riesgo de estarlo, independientemente de su causa”. Por lo que, debemos concretar que este concepto arranca desde un principio de “asistencia y integración social”, que existe en Alemania.

Por otra parte, el concepto de discapacidad, en la Ley alemana se basa en las definiciones ofrecidas por la O.M.S., (deficiencias, discapacidad y

minusvalía). Por lo que, entendemos que no existe un concepto que nace del mismo Derecho interno.

En Austria, no existe una legislación general sobre discapacidad, concretándose en las diferentes leyes existentes en el país, pues existen noventa leyes federales y regionales, para mitigar las diferentes normativas, en este sentido se creó la Ley Federal sobre la discapacidad de 1990, que solamente tiene un efecto de coordinación entre ambas legislaciones.

En la legislación de Bélgica desde 1990, cada comunidad cuenta con un Fondo (legislativo) como instrumento de integración de minusválidos. En este sentido, el Fondo de Bruselas emplea el concepto de discapacidad, lo mismo que en Valonia, el Fondo Flamenco y el Fondo Alemán.

En Dinamarca en abril de 1993, el Parlamento adoptó la decisión sobre la igualdad de estatuto y de trato de las personas discapacitadas, creando así un concepto unitario sobre “discapacidad”.

En Finlandia, la noción de “discapacidad” se recoge la definición del Convenio núm. 195 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en 1983, con la creación del “concepto de discapacidad” del Derecho internacional.

En Francia el concepto de “discapacidad” está recogido en la Loi núm. 2004-626 du 30 juin 2004 “relative à la solidarité pour l’autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées”, y la Loi núm. 2005-102 du 11 du février 2005, “pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté de personnes handicapées”, que recoge “el concepto de discapacidad” en su art. 2, señalando :“Constitue un handicap, au sens de la presente loi, toute limitation d’activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une

personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant”.

En Grecia la Ley de 1986 define “el concepto de discapacidad”, aportándolo por medio de su Derecho interno laboral.

En Italia la legge-quadro “per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”, introduce “la concepción de discapacidad”, considera a la persona con discapacidad: “la persona afectada de una deficiencia física, mental o sensorial, estable o progresiva, que comporta dificultades para su formación profesional, la vida social o la integración profesional”.

En Luxemburgo, en su Ley de 12 de noviembre de 1991 utiliza el concepto de “trabajadores discapacitados”. Por lo que, aporta su concepción a efectos laborales, con aplicación de esta Ley a la generalidad de las normativas.

En Holanda no existe una definición general de discapacidad, teniendo que acudir a las normativas aplicables del “concepto de discapacidad”.

En Portugal, la definición de “discapacidad” se encuentra recogida en la Ley núm. 9/89, de 2 de mayo, Ley de Bases de la Prevención, Rehabilitación e Integración de los discapacitados. Esta norma considera a la persona con discapacidad: “a causa de una pérdida o deficiencia, congénita o adquirida, de su estructura o de sus funciones físicas, intelectuales, fisiológicas o anatómicas que pueda limitar sus facultades, o se halle en situación de desventaja para llevar a cabo las actividades

normales, teniendo en cuenta la edad, el sexo y los principales factores sociales y culturales”.

En el Reino Unido fue introducido el concepto “discapacidad” por medio de Disability Discrimination Act 2005. Definiendo la discapacidad en esta norma: “como una deficiencia física o mental que tiene un efecto sustancial, de larga duración y es negativo sobre la aptitud de la persona para ejercer las actividades cotidianas corrientes”.

Por otra parte, se legislaron otras normas para tratamientos de la discapacidad como la Disability Discrimination Act 2005, o, la The Disability Equality Duty, entrando en vigor el 4 de diciembre de 2006, como garantía de igualdad de tratamiento a las personas discapacitadas en los organismos públicos.

En Suecia, su tendencia actual es la misma que en el Reino Unido en atención a la Ley de Discriminación por razones de la discapacidad, por lo que no existe un concepto unitario de discapacidad³⁰.

Por otra parte, estamos convencidos con la expresión de la autora GARCÍA CALVENTE³¹ que señala: “La definición de discapacidad adoptada en cada país influye de manera importante en la forma en que las administraciones y otras organizaciones que consideran y tratan a la personas discapacitadas”.

³⁰ Al respecto, la autora GARCÍA CALVENTE, Y., “Cap. I- Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”. Op. Cit., p. 66, señala: “Suecia carece de una legislación general que establezca los derechos de los minusválidos”, teniendo constancia que luego se establece el concepto de discapacidad.

³¹GARCÍA CALVENTE, Y., “Cap. I- Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”. Op. Cit., p. 57.

Nuestra conclusión sobre las normas de las personas con discapacidad, deben de estar adecuadas a las circunstancias, ya que influye en el modelo social de cada país y su organización, adecuándose a sus necesidades sociales.

5. EL CONCEPTO DE “DISCAPACIDAD” EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad³², (L.P.P.D.), realizó una serie de modificaciones destinadas a las personas con discapacidad, y respecto a las personas incapacitadas judiciales³³.

Una vez se aprobó la L.P.P.D., se modificaron una serie de artículos en nuestro C.c., introduciendo la palabra “discapacidad”, y añadiendo según el art. 13 de la L.P.P.D., una disposición adicional cuarta en el C.c.³⁴,

³² B.O.E. núm. 277 de 19 de noviembre.

³³ Al respecto, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., (2005). *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 22- 01 septiembre, p. 8, aporta: “Tal como enuncia el título de la Ley, y se desarrolla a lo largo de la Exposición de Motivos, los destinatarios de la reforma son, en principio, las personas con discapacidad; lo que, sin duda resulta aplicable a la regulación contenida en el Capítulo I de esta Ley. Sin embargo las modificaciones que en materia de derecho de familia y sucesiones se contienen en aquélla, no solamente se dirigen a los discapacitados, sino que, en algunas ocasiones se refieren a los incapacitados”. Por tanto, debemos decir que discapacitado e incapacitado judicialmente, no son conceptos similares.

³⁴ Art. 13 de la L.P.P.D., señala: “Disposición adicional cuarta. La referencia que a las personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la

y tras la modificación del C.c., fue importante la trascendencia que el legislador atiende y protege a las personas con discapacidad.

Por otra parte, hay que observar el art. 2.2º de la L.P.P.D., que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”. Pues atendiendo al precepto, observamos la coexistencia de dos conceptos tanto en la L.P.P.D., como en el C.c., las personas discapacitadas y las incapacitadas judiciales³⁵.

Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de su modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, y siguiendo adicionalmente cabe señalar, la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Jurisdicción: Civil) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “la cuestión jurídica relativa a la aplicación en el presente supuesto, del artículo 822 el C. Civil, redactado conforme a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”.

³⁵ Al respecto, las autoras aportan CORDERO CUTILLAS, I., (2006). *La discapacidad e incapacitación judicial*. Actualidad Civil, nº. 10- 2ª quincena de mayo, p.1160.: “El obstáculo que habrá que esclarecer es si realmente la persona incapacitada lo es efectivamente porque concurre en ella un grado determinado de minusvalía que le impide gobernarse por sí misma. Por el contrario, si el incapacitado no alcanza el mínimo grado de minusvalía o el discapacitado no logra la incapacidad la realidad fáctica se enmaraña por el desigual amparo civil”. BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 9.: “El interés de de la norma se centra exclusivamente en lo que representa la enfermedad o deficiencia que provoca la minusvalía de la persona en los porcentajes señalados, ajeno a la falta de autogobierno de la persona. Con la existencia de varias posibilidades: La primera que estemos ante una persona incapacitada judicialmente, en la que además concorra el grado de minusvalía exigido por la Ley. La segunda que se trate de una persona incapacitada judicialmente en la que no concorra dicho grado de minusvalía, porque la deficiencia psíquica o física que presente, no corresponda con el grado de minusvalía exigido por aquella; y, sin embargo le impida gobernarse por sí misma, tal como establece el artículo 200 del C.c., para que tenga lugar la incapacitación .Tercera, que se trate de una persona no incapacitada judicialmente en la que concorra un grado de minusvalía exigido por la Ley”.

Nuestra conclusión como hemos visto las personas discapacitadas son las que ostentan un grado de discapacidad³⁶, en este caso sea discapacitadas, o discapacitados e incapacitadas judicialmente al mismo tiempo.

5.1. El reconocimiento del grado de minusvalía en la “discapacidad en el patrimonio protegido”

Como habíamos mencionado anteriormente existe una evolución, incluso en todos los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno, del concepto de discapacidad y consecuentemente su obtención, de esta forma fue evolucionando con las diversas legislaciones, en este sentido el primer antecedente histórico que existe en nuestro país, puede fijarse en 1968³⁷, fue el año en que se redactó el Decreto 2421/1968 20 de septiembre, creándose el servicio de Asistencia a los Menores Subnormales, y, la condición de minusválido concedida a las personas con deficiencias sensoriales y físicas, quedando fuera de la norma las deficiencias psíquicas.

³⁶ Siempre que se demuestra el grado de discapacidad, como aporta la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p 10.: “El binomio grado-acreditación representa, por tanto, una exigencia necesaria para determinar la discapacidad de una persona, tanto en la norma, como, la LISMI; como a efectos fiscales en la LIRPF”.

³⁷ Al respecto, el autor SALAZAR MURILLO, J., (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.,) (2007). “Reconocimiento legal de la discapacidad”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos*. (Vol.I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 740, expresa: “La profusión denominada se amplía con la Orden de 7 de noviembre de 1968, por la que se conceden ayudas a los Centros de Empleo Protegido, y en la consiguiente Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de noviembre de 1968 en donde aparece por primera vez el término minusválido”.

En aquel año las personas eran diagnosticadas como “subnormales”, mediante los centros de dependientes de la Dirección General de Sanidad³⁸.

Posteriormente, mediante el Decreto 1076/1970 9 de abril, se amplió el régimen de las personas minusválidas extendiéndolo a los menores con “retraso mental” (con un coeficiente mental intelectual inferior a 50), así como a los parálíticos cerebrales, y mediante la Orden 8 de mayo de 1970 reconoció la condición de “minusválido”. De esta forma, comenzó a legislarse mediante el Decreto 1723/1981, de 24 de julio sobre reconocimiento y declaración y calificación de la condición de minusválido³⁹, y, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos⁴⁰ (L.I.S.M.I.), que desarrolla una política social para las personas minusválidas y al mismo tiempo desarrolla el concepto de minusválidos⁴¹.

Por otra parte, con promulgación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad⁴², se introduce

³⁸ Naciendo de esta forma la discapacidad en una ayuda prestacional, fuera del ámbito civil.

³⁹ En este sentido, el autor SALAZAR MURILLO, J., “Reconocimiento legal de la discapacidad”. Op. Cit., p. 744, señala: “unifica en el INSERSO las competencias y facultades en el orden al reconocimiento de los derechos derivados de las condiciones de subnormal y minusválido o subnormal de la declaración de invalidez permanente”.

⁴⁰ B.O.E. 30 de abril 1982, núm.103, pág.11106.

⁴¹ Al respecto, el autor SALAZAR MURILLO, J., “Reconocimiento legal de la discapacidad”. Op. Cit., p. 744, entiende: “su artículo 7 aporta una nueva definición de “minusválido”, más universal y genérica: “A los efectos civiles se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

⁴²B.O.E. 3 de diciembre de 2003, núm. 289, pág. 43187. Debemos de tener en cuenta que esta Ley aparte de utilizar el concepto “discapacitado”, puesto que anteriormente la persona con discapacidad tenía desventajas como señalan los autores LEÓN, F., y BUENO MARTÍNEZ, B., (Dir. Laorden, J., Coord.

el concepto “discapacidad”, y con la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia⁴³ (L.A.A.D.) se amplía el concepto al “de persona dependiente”, unificándose con el concepto de “discapacidad”. En la legislación laboral cabe hablar también de los conceptos de invalidez o incapacidad⁴⁴.

Terreros, J. L.,) (2008). “Políticas de Accesibilidad”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado*. (Vol.III). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 1596.: “Por tanto la no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye una forma sutil, pero muy eficaz de discriminación dado que genera una desventaja cierta de unas personas en relación con otras en función de sus capacidades”.

⁴³ B.O.E.15 diciembre 2006, núm.299, pág. 44142.

⁴⁴ Art. 136.1º del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley General de la Seguridad Social. B.O.E. 29 de junio de 1994, núm.159. pág. 20658, expresa: “ En la modalidad contributiva, es la incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por otra parte, surge el concepto de invalidez en la modalidad no contributiva en los arts. 136.2º y 144.c del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio Ley General de la Seguridad Social. B.O.E. 29 de junio de 1994, núm.159. p. 20658, que expresan: “En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quien las padecen”, “Estar afectadas por una minusvalía o por enfermedad crónica igual o superior al sesenta y cinco por cien”. De la misma forma, señala: “el concepto de discapacidad” en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados. B.O.E. 3 diciembre 2003, núm. 289, p. 43137, en su art. 1.2º, expresa: “A efectos de esta ley, tendrán la consideración de discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. De la misma forma, se pronuncia en su art. 1 del R.D. 1414/2006, de 1 de diciembre. Determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2-12-2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. B.O.E. 16 diciembre 2006, núm. 300, p.44285, señala: “De conformidad con lo previsto en

Por lo que, frente a los conceptos anteriormente mencionados se pronunció la Jurisprudencia en la S. T. S. 18 de diciembre 1996 (Sala de lo Social) (Ponente: Excmo. Sr. Víctor Fuentes López) RJ 1996\ 9724, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “no hay enfermedades causantes de la invalidez permanente: sino enfermos”. Por tanto, se entiende que para acceder a la invalidez permanente la persona tiene que estar enferma, y por lo tanto tiene que tener un grado de minusvalía, empleando este grado de minusvalía para acceder a la discapacidad, como estudiaremos.

Por otra parte, debemos señalar como hemos visto que el concepto de discapacidad también nace desde distintos ámbitos del Derecho. Al respecto, como aporta el autor CARBONNIER⁴⁵: “La matière des incapacités n’est plus aujourd’hui contenue tout entieré dans le droit civil: elle a des prolongements dans ce que l’on appelle le droit sanitaire et social, lui-même impregné de droit public. Il est des situación d’incapacité qui s’articulent sur dispositions du Code de la Santé publique (ex. internement des aliénés) ou du Code de la Famille et de l’Aide sociale (ex. hébergement des personnes âgées)”.

En otro orden de cosas, en la actualidad estos términos anteriormente citados como: “subnormales”, “retraso mental”, están desfasados y su

el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, tendrán la consideración de discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. 2. Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100: a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluta o gran invalidez, b) Los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁴⁵CARBONNIER, J., (2004). *Droit Civil. Introduction Les personnes La famille, l’enfant, le couple*. (Vol. I). Paris: Quadrigé/Puf, p. 542.

utilización es “políticamente incorrecta”⁴⁶, por lo que sigue nuestra postura el autor TERRERO⁴⁷, al entender: “ que los Tribunales reproducen en sus resoluciones judiciales la normativa que aplican, y las disposiciones actualmente en vigor sobre la discapacidad no utilizan en muchos casos una terminología adecuada y acorde con la dignidad que merecen las personas con discapacidad, por otro lado las sentencias del T. S., tampoco se ajustan a los necesarios estándares terminológicos, recogiendo expresiones como “incapaz”, “minusválido”, “minusvalía”, y siguiendo adicionalmente al autor, también se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 30 de junio, núm. 646/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr Jesús Corbal Fernández) RJ 2004\4283, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “un retraso mental discreto”, y por último cabe recordar que en nuestro C.c., existían los conceptos de “loco y sordomudo”, como aportaba el autor ESPÍN⁴⁸: “la demencia, a la cual equipara el Código la imbecilidad, es una de las causas de incapacidad que enumera el antiguo art. 32-2º. El loco puede encontrarse, por tanto, sin estar incapacitado judicialmente o declarada judicialmente su incapacidad. La incapacidad del loco judicialmente declarada es plena”, y reflejado en la S.A.P. Sevilla 5 de abril 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García Casas) AC 1993\478, en su Fundamento de Derecho Segundo, que señala: “Tampoco debe olvidarse que él pródigo, a diferencia de lo que acontece con el loco o el sordomudo, no es un enfermo”.

⁴⁶ Excepto minusválidos, dependientes y lo que nos concierne discapacitados.

⁴⁷ TERRERO CHACON, J. L., (Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno L. C.) (2007). “Discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, p. 812.

⁴⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D., (1977). *Manual de Derecho Civil Español*. (Vol. I.). Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 270.

Por otra parte, se fueron unificando los conceptos “minusválido” con “discapacitado”, en la Jurisprudencia como lo aclara la S.T.S. 29 de enero 2008 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez) RJ 2008\2063, en su Fundamento de Derecho Segundo y Tercero, aunque emplea inicialmente, el concepto “Disminuidos Físicos de Aragón”, intenta dar un concepto unitario cuando expresa: “Pero no alcanza a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado”.

De esta forma, una vez hemos revisado nuestra legislación y nuestra Jurisprudencia, el cambio de expresión “discapacidad”, a tal efecto diferencia “discapacidad” y “disminuido” la autora PASTOR ALVAREZ⁴⁹ al aportar: “El término “discapacitado”, que designa “la calidad del discapacitado”, se define según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, como adjetivo sinónimo de “minusválido” (persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc.), y “disminuido” (persona minusválida, mermada en sus facultades físicas o mentales). No obstante, una definición más adecuada, en consonancia con la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (C.I.F., que sustituye al anterior clasificación C.I.D.D.M.), establecida por la O.M.S., sería la que entiende por discapacidad la cualidad de una persona que tiene disfunciones en su cuerpo, limitaciones en sus aptitudes para realizar las actividades cotidianas, y restricciones en la participación social, en su entorno real”. Por nuestra parte, no estamos de acuerdo, puesto que

⁴⁹ PASTOR ALVAREZ, M^a. C., (2005) (Estudio). *Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas con discapacitadas*. Aranzadi Civil núm. 20/2004. Pamplona: Aranzadi, p. 1.

discapacidad engloba la expresión “disminuido”, aunque entendemos que para ser una persona discapacitada, tiene que tener un grado de minusvalía, por otra parte como venimos pronunciándonos el legislador tendría que unificar los dos elementos “discapacidad”, con grado de discapacidad.

Por otro lado, se contempla con la promulgación de la L.P.P.D.,⁵⁰ como manifiesta la Jurisprudencia en la S.T.S. 11 de diciembre 2008 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) RJ 2009\288, en su Fundamento de Derecho Único al señalar: “La Asunción del modelo social de discapacidad”. Por lo que, entendemos que esta constatado en nuestro Derecho Civil el concepto de discapacitado, a efectos jurisprudenciales.

Por lo que, la discapacidad necesita un instrumento jurídico, para demostrar la calificación y el grado de minusvalía para su reconocimiento. Pues si no fuera así, ¿cómo se podría demostrar que una persona padece un grado de discapacidad? Al respecto, nos tenemos que atener al art. 2.2º de la L.P.P.D.,⁵¹ en el que se exponen los requisitos de calificación de grado de discapacidad para la constitución del P.P. Por lo que, la herramienta jurídica será el R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad⁵², como aclara el autor SALAZAR MURILLO⁵³ este R. D., establece las siguientes modificaciones: “la sustitución del término

⁵⁰ BOE 19 noviembre 2003, núm. 277, pág. 40852.

⁵¹ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100;b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

⁵² B.O.E. de 26 de enero de 2000, núm. 22, pág. 3317, rect. B.O.E. 13 de marzo de 2000, núm. 62, pág. 10297.

⁵³ SALAZAR MURILLO, J., “Reconocimiento legal de la discapacidad”. Op. Cit., p. 754.

“condición de minusválido”, por el de “grado de minusvalía” y el establecimiento de nuevos baremos, el procedimiento para establecer el grado de minusvalía y su posterior revisión y la determinación de la vía jurisdiccional social, como competente a la hora de dirimir las reclamaciones contra las resoluciones definitivas, y por último cabe señalar como más importante la creación de una Comisión Estatal, para garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos”, y con más precisión, expresa el autor LOUSADA⁵⁴ que establece dos aspectos: “el primero el desarrollo de distintos aspectos técnicos de organización (con la creación de un órgano pluridisciplinar con adscripción a las comunidades autónomas formados por un médico, un psicólogo y un trabajador social⁵⁵ y la aplicación de baremos que se recogen en los anexos del R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad, con la existencia de tres elementos: el primero se basa en deficiencias permanentes, el segundo las necesidades de una tercera persona para las actividades de la vida diaria, y el tercero las dificultades de la persona discapacitada para utilizar transportes colectivos orientándose sobre las referencias en que deben inspirarse en el baremo, teniendo sus referentes en la C. I. F.,⁵⁶ de esta forma se puede vincular el baremo a una

⁵⁴LOUSADA AROCHENA, J. F., (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.,) (2007). “Criterios Judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos*. (Vol.I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pps. 788-789.

⁵⁵ Al respecto, el autor SALAZAR MURILLO, J., “Reconocimiento Legal de la Discapacidad”. Op. Cit., p. 768, sostiene: “De esta forma cuando el médico o el psicólogo consideren la necesidad del concurso de otros especialistas, podrán recabarse informes o pruebas complementarias a otros facultativos de centros sanitarios del Sistema Nacional de la Seguridad Social u otros centros”.

⁵⁶ Fue adoptada por la Organización Mundial de la Salud. Siendo conocida como CIDDM-2, fue aprobada el 22 de mayo de 2001, por medio de la resolución WHA54.21 de la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud.

clasificación por su definición revisable por la propia O.M.S., y el procedimiento a lo que se ajusta administrativamente, lo cual no es óbice para garantizar la uniformidad en la valoración y calificación del grado de minusvalía”. Puesto como menciona el autor “para garantizar la uniformidad en la valoración y calificación del grado de minusvalía”, nos preguntamos, ¿cómo se determina la minusvalía en el R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad? Según, en su art. 5 señala: “la valoración de la discapacidad se expresa en porcentajes mediante la aplicación de los baremos que se acompañan como el Anexo I, apartado A) y la valoración de los factores sociales como entorno familiar, situación laboral, niveles educativos y profesional, pudiéndose excederse a 15 puntos, con la consideración de la necesidad de una tercera persona siempre que se obtengan en el baremo. Señalando, por otra parte el precepto el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad no podrá ser inferior al 25 por 100”. Por lo que, opinamos como el autor que la valoración de la discapacidad será por un equipo profesional y la emisión del correspondiente certificado de “minusvalía”⁵⁷, pudiéndose recurrir a la jurisdicción de lo social⁵⁸.

⁵⁷ El art. 8.1º del R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad, señala: “ Los dictámenes técnico-facultativos para el reconocimiento de grado serán emitidos por los órganos técnicos competentes dependientes de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalía y por los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en su ámbito competencial”.

⁵⁸ En este sentido, cabe mencionar la S. T. S. J. Islas Baleares de 6 octubre, núm. 626/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez) AS 2004\188, en sus Antecedentes de Hecho y Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Primero la sentencia constata que existe un dictamen técnico facultativo de la EVO: que padece un trastorno inmunológico B por

5. 2. La acreditación de la “minusvalía” en el patrimonio protegido

Como hemos visto la acreditación se efectuará por los órganos competentes mediante la expedición de un certificado de minusvalía, y no descartándose que pueda realizarse mediante incapacitación judicial, es decir en este último caso mediante sentencia judicial.

Por otro lado, tenemos que tener presente las diferencias que existen en la L.P.P.D., entre discapacitado e incapacitado judicial, como aporta la autora GARCÍA PÉREZ⁵⁹: “Sin embargo, la tajante separación que pretende establecerse, a efectos de protección patrimonial, entre discapacidad e incapacitación plantea si las personas judicialmente incapacitadas podrán o no beneficiarse del mecanismo articulado por la Ley 43/2003, con independencia de que estén o no en posesión de la certificación administrativa o resolución judicial acreditativa de su grado de minusvalía, en razón de que la sentencia civil que declara la incapacidad o

inmunodeficiencia por HIC C , con un grado de discapacidad global de 56%, otorgándose una puntuación adicional de 9 puntos por la concurrencia de factores sociales complementarios resultando un grado total de minusvalía del 65%. Mediante la aplicación de los baremos que se establecen en el RD 1971/1999 de 23 de septiembre tiene un grado de discapacidad del 15% no otorgándose una puntuación adicional por la concurrencia de factores sociales complementarios, no apreciando necesidad de asistencia por parte de tercera persona, resultando un grado de total minusvalía del 15%. Conviene observar, la discapacidad atribuible a la infección por VIH fuera catalogable en la clase 2, ni aún así alcanzaría la actora del 65% de minusvalía, pues la puntuación máxima de 24 que obtendría con ello sólo cabe sumarle el 15 correspondiente a la discapacidad psíquica y un máximo teórico posible de otros 15 puntos por factores sociales complementarios”.

⁵⁹GARCÍA PÉREZ, R., (Coords. Sánchez Calero, J., García Pérez, R.,) (2006). “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, en AA.VV., *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 124.

concretará el grado de minusvalía”. A tal efecto, estamos de acuerdo con la autora siempre que la sentencia civil que declare la incapacidad judicial de la persona, aclare el grado de discapacidad de la persona.

Por otra parte, esta graduación y la acreditación administrativa de la discapacidad, falta un desarrollo reglamentario de la L.P.P.D., por lo que tenemos que recurrir a la aplicación de lo dispuesto en el R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre, para la clasificación del grado de minusvalía estableciendo una serie de baremos⁶⁰, concretándose con una suma de

⁶⁰Al respecto, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., pps. 11-15, sostiene: “la calificación del grado de minusvalía responde a criterios unificados, fijados mediante baremos descritos en el Anexo I, apartado A) de este Real Decreto (estos baremos establecen normas para la evaluación de consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la O.M.S. La Clasificación Internacional de la O.M.S., define la deficiencia como: “toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”; la discapacidad como: “la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano” y la minusvalía como “la desventaja que supone para un individuo padecer una discapacidad, y que le limita o impide un desenvolvimiento normal en la sociedad) y será objeto de la valoración, expresado en porcentajes”. Por el contrario, existen críticas, al respecto debemos mencionar al autor SERRANO GARCÍA, I., (2005). *Reflexiones acerca de los sujetos en Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Discapacidad Intelectual y Derecho IV Jornadas Granada 23 y 24 de Octubre de 2003*. (2ª Ed.) Madrid: Fundación Aequitas, pps. 239-240, que entiende: “censurable técnicamente este sistema de conceder determinados derechos subjetivos a personas cuya condición no viene determinada legalmente, sino reglamentariamente. La variación de la clasificación de la OMS, a la que me refería antes puede hacer variar los criterios reglamentarios, sin las debidas garantías que proporcionarían una determinación legal”, y al respecto cabe citar al mismo autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 41-42, que manifiesta: “La técnica legislativa utilizada- se dice siempre “a los efectos de esta ley”- y la remisión a un reglamento, me parece criticable. Sobre todo teniendo en cuenta que la remisión se efectúa en el punto fundamental de quienes han de ser beneficiarios de las disposiciones (numerosísimas) que afectan a las personas con discapacidad. La inseguridad jurídica que ello genera es incuestionable y la preocupación grande, porque el baremo utilizado, la citada C.I.D.D.M., ha sido abandonada por la O.M.S., y sustituido por la C.I.F.”.

valores sociales y de carácter personal para la obtención del grado de minusvalía⁶¹.

El problema será que sentencia judicial reconoce el grado de minusvalía, pues un gran sector de la doctrina reconoce su pertenencia a la jurisdicción laboral⁶², y adicionalmente se pronuncia la Jurisprudencia en la S. T. S. 27 de enero 1993 (Sala de lo Social) (Ponente: Excmo. Sr. Víctor Fuentes López) RJ 1993\278, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “sobre la integración social del minusválido, donde se regula el subsidio económico de garantía mínima que exige entre otros requisitos, para su concesión de una minusvalía en grado igual o superior al 65%, que es el solicitado por la parte actora”.

⁶¹ En este sentido, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p.11, sostiene: “Al porcentaje de discapacidad obtenido tras dicha valoración, se le suma el que se deduzca de aplicar el baremo de factores sociales complementarios”.

⁶² Al respecto, cabe citar a los autores SALAZAR MURILLO, J., “Reconocimiento legal de la discapacidad”. Op. Cit., p. 756.: “Esta profunda actualización de los baremos da respuesta a lo establecido por los Reales Decretos 356 y 357/1991, de 15 de marzo, por los que se desarrolla en materia de prestaciones por hijo a cargo y pensiones no contributivas, respectivamente, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que establece en la Seguridad Social prestaciones no contributivas; de esta forma se actualizan los baremos contenidos en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984, al fin de adecuarlos a las variaciones en el pronóstico de las enfermedades, a los avances médico-funcionales y a la aparición de nuevas patologías”. BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 11.: “Tal resolución será recurrida, primero en vía administrativa y, posteriormente, en vía judicial, siendo en ésta última competente la jurisdicción social”. Por otra parte, queda reafirmado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre B.O.E. de 26 de enero de 2000, núm. 22, pág. 3317, rect. B.O.E. 13 de marzo de 2000, núm. 62, pág. 10297, en su artículo 12 que expresa: “Contra las resoluciones previas definitivas que sobre el reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por organismos competentes, los interesados podrán a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Refundido de la ley de Procedimiento Laboral aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril”.

Por otra parte, hay autores que sostienen que la jurisdicción también puede ser civil⁶³. Aunque un gran sector de la doctrina opina que sólo es presupuesto de la jurisdicción civil en el concepto de “incapacitación⁶⁴”, y

⁶³ Al respecto, cabe mencionar a la autora CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad e incapacitación judicial*. Op. Cit., pps. 1161- 1162 y 1187, que sostiene: “La sentencia puede ser también civil cuando media un procedimiento de incapacitación, la cual perfectamente una vez se haya determinado el porcentaje de “minusvalía” mediante la correspondiente valoración administrativa puede señalarse junto a los límites y la extensión de la incapacitación, el grado que recoge el certificado, y añade, el legislador ha pretendido que los grados de minusvalía especificados en la L.P.P.D., puedan servir de base para una posterior incapacitación si sea utilizado la vía del expediente administrativo para su acreditación, sin perjuicio de que la discapacidad pueda discurrir en el procedimiento de incapacidad, y añade, no cabe duda de que el legislador ha querido unificar el ámbito material de ambos conceptos. Sin embargo, consciente de las diferentes vías de su reconocimiento, valoración y declaración existentes, ha mantenido la distinta terminología. La discapacidad siempre ha sido reconocida por la administración, mientras que la incapacidad sólo puede ser declarada por la jurisdicción civil. Sin embargo, en la actualidad una auténtica protección de la persona en quien concurren esos grados de minusvalía señalados, requerirá formalmente la declaración de discapacidad e incapacitación para ostentar la protección que brinda el C.c.”.

⁶⁴ Cabe citar, a los autores BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 12.: “Ahora bien, la incapacitación judicial por causas del artículo 200 del Código Civil, que tendrá lugar una vez dictada la correspondiente resolución judicial en un procedimiento civil, conforme dispone el artículo 199 del mismo cuerpo legal, cabe plantearse, si se podrá acreditar también el grado de minusvalía (discapacidad) que exige la L.P.P.D., y añade, se ha de partir del hecho de que en los procedimientos judiciales de incapacitación, la declaración de discapacidad no resulta determinante en los términos del citado artículo 200 y de los artículos 756 a 763 de la L.E.C., donde sólo se exige la exploración del incapaz, la audiencia a los parientes y el examen forense. Y, asimismo, basta para ser declarado incapaz, una enfermedad o deficiencia física o psíquica, siempre que sea persistente e imposible el autogobierno” como elementos diferenciadores que aprecia al expresar: “Poco tiene que ver todo ello con el grado de minusvalía y sus conceptos aunque es cierto que “dichos conceptos jurídicos (incapacidad y minusvalía) Ha sido reflejo del casuismo médico”, con la conclusión de la autora, “La respuesta, sobre tales bases, debería ser en principio negativa, pues la regulación actual en los términos vistos determina que sólo la resolución de incapacitación puede contener si ésta es total o parcial con la designación del correspondiente organismo de guarda de la persona o bienes del incapacitado, añadiendo, declarada, por tanto, la incapacidad por concurrir cualquiera de las mencionadas en el citado artículo 200, y, aunque se pudiera afirmar que todo incapacitado va a ser persona discapacitada y no a la inversa; a los efectos de ser

adicionalmente cabe mencionar la S.A.P. Burgos 6 de junio núm. 214/2006, (Sección 2ª). (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006 \228757, en su Fundamento de Derecho Segundo y Tercero, señala: “Señora diagnosticada de esquizofrenia residual, explicitada en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre es evitar que los discapacitados queden en situación desamparo, sino que la discapacitada e incapaz declarada”.

beneficiario de la protección patrimonial que otorga la L.P.P.D., el juez de lo civil carece, de momento, de competencia para graduar y calificar la discapacidad psíquica, física o sensorial que padezca al persona de la que se pretende la incapacitación. Por tanto, no sería posible determinar sobre la premisa citada que la persona incapacitada sea, además, discapacitada, pues para ello será el organismo competente de la Administración pública certifique el grado de minusvalía conforme a los criterios que dispone el Real Decreto 1971/1999”. TORRES GARCÍA, T. F., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Discapacidad e Incapacitación”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley, pps. 450 - 454, que sostiene: “Al legislador no le fue extraño que la acreditación de discapacidad pudiera alcanzarse a través de dos procedimientos, ha distinguido entre la acreditación administrativa y la acreditación judicial con la ventaja se dice al juez no está obligado a establecer ningún grado de discapacidad que se mida con referencia a porcentajes de carácter administrativo, la incapacitación jurídica a la que alude no puede ser otra que partiendo de los presupuestos del art. 200 C.c., se resuelve según el procedimiento de incapacidad de las personas, excluyendo cualquier otra incapacitación declarada (permanente para el trabajo) que procede de otro orden jurisdiccional como es el social, la constitución del patrimonio protegido como su administración se prevé que su titular no tenga capacidad de obrar suficiente en cuyo caso actuarán sus padres o tutores como ejemplo (art.3.1b) L.P.P.D., y el art. 5.4 L.P.P.D.) lo que supone la incapacitación judicial, pero también presupone que sea persona discapacitada ya que es a ésta a quien la ley considera beneficiaria del patrimonio, diversos matices, minusvalías psíquica, física o sensorial, con diversa intensidad pero que cuya atribución del certificado o acreditación lo será el portador del porcentaje exigido para las minusvalías según el indiciario del baremo y de las tablas evaluadoras. Todo lo anterior nos reafirmamos en que estamos ante un único medio de acreditar a una persona como discapacitado y este es regulado el procedimiento administrativo regulado en el mencionado RD 1971/1999”. Por otra parte, la autora PEREÑA VICENTE, M., (2006). *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, p. 42, entiende que existen dos procedimientos: “El legislador ha determinado que para la incapacitar a una persona y para recurrir la acreditación del grado de discapacidad que sean dos procedimientos distintos y que se aplique normas distintas”.

Por tanto, como manifiesta la doctrina, y hemos visto en la sentencia, la discapacidad declarada administrativamente, si no está declarada la persona incapacitada judicial no le restringe los Derechos y Obligaciones.

Por otro lado, para que se pueda aplicar la L.P.P.D., tiene que ser la persona discapacitada e incapacitada judicial, no solamente incapacitada judicial. Por lo que, debemos añadir que existe “la presunción de incapacidad”, mientras no recaiga una sentencia sobre incapacitación judicial, como señala el art. 199 C.c.

Por otra parte, como hemos visto hay sentencias que en el proceso de incapacitación existe un grado de calificación de minusvalía⁶⁵, que es acreditado por un órgano administrativo, y por otro lado existen sentencias civiles que acreditan la minusvalía mediante el peritaje judicial, como manifiesta la S.A.P. Valencia de 17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\2239, en su Fundamento de Derecho Primero: “al declarar la incapacitación parcial del demandado y su sujeción a la curatela, es más adecuada a la deficiencia que padece, calificada por la señora médico-forense de trastorno desarrollado por encefalopatía de etiología no filiada, que ha motivado el reconocimiento al demandado de un grado de minusvalía del 52%”.

En consecuencia, opinamos que es necesario que el equipo de valoración fuera el mismo para todos los aspectos, tanto en los órganos

⁶⁵ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Burgos 6 de junio núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Señora diagnosticada de Esquizofrenia con intenso deterioro mental ya desde 1976; con reconocimiento administrativo de un grado de minusvalía del 68, 5% por Resolución de Ministerio de Asuntos Sociales de 13 de diciembre de 1991 por presentar enfermedad mental, esquizofrenia residual, y alteración de la alineación de la columna con limitación funcional por escoliosis; declarada incapaz”.

administrativos, como en los órganos judiciales, así en caso de que una persona con una grave incapacidad judicial, como puede ser una demencia senil, y, con otras enfermedades persistentes, que éste en una silla de ruedas o imposibilitado físicamente, en este caso el Juez para incapacitarla no tendría que obtener información sobre si esta persona esta discapacitada por un órgano administrativo o si la persona es incapacitada judicial, y a su vez el Juez no tendría que averiguar si la persona está ya discapacitada administrativamente. De esta forma, podemos apreciar que no existe un nexo de unión entre ambos órganos, tanto el judicial, como el administrativo, por lo que se actúa en detrimento de la persona y su familia.

Desde otra perspectiva, la L.A.A.D., en su art. 28.2º sobre la necesidad de ayuda al dependiente, señala: “El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Comunidad Autónoma correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio nacional”, y en su Disposición Adicional undécima señala: “El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales suscribirá acuerdos con las Ciudades de Ceuta y Melilla”. Esta resolución determinará los servicios y los tipos de prestaciones que les corresponden (a las personas dependientes con un grado de minusvalía)⁶⁶, por tanto es una resolución administrativa, no judicial.

Por lo que, se deberían unificar los órganos para la evaluación de la discapacidad a efectos generales. Como muy bien define la Direction general de L'Emploi et des affaires sociales Unité E.4.2004, p. 3: “Les définitions et critères relatifs au handicap, qui sont établis par le droit national et d'autres instances administratives, different fortement entre

⁶⁶Artículo 28.3º de la L.A.A.D., señala: “La resolución a la que se refiere el apartado anterior determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y el nivel de dependencia”.

quinze États membres actuels. Ces divergences peuvent constituer un obstacle de taille à reconnaissance mutuelle des décisions nationales en matière de handicap, notamment en ce qui concerne le droit d'accès à certains services et privilèges. Ainsi, dans l'Union européenne, les personnes handicapées peuvent par exemple être désavantagées, en ce qui concerne, la sécurité sociale ou d'autres droits de citoyen européen, lorsqu'elles déménagent d'un État membre à l'autre". Por lo expuesto, podemos decir que cada Estado tiene su definición de discapacidad influyendo en sus administraciones y otros organismos que tratan a las personas con discapacidad, como el órgano judicial o administrativo, que procederá a la resolución de persona discapacitada.

6. EL GRADO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Considerado por nosotros el grado de discapacidad, como un déficit en la persona, que implica el ejercicio de las actividades en la sociedad, como factor externo. Tenemos que determinar cómo se articula este grado de discapacidad, o, como denomina el autor MUÑOZ DE DIOS⁶⁷: “una graduación de minusvalía”, para la obtención de la discapacidad en el Derecho administrativo.

⁶⁷ MUÑOZ DE DIOS, G., “El patrimonio del discapacitado”. Op. Cit., p. 60.

De esta forma, la discapacidad de la persona como señala el autor ALÍA ÁLVAREZ⁶⁸: “debe ser declarada de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía. Con la consecuente atribución de la calificación del “grado de minusvalía⁶⁹”. Por lo que, será necesario la unificación a efectos técnicos, mediante la valoración de los factores internos y externos de la persona, ciñéndose a los baremos de la norma, anteriormente mencionada.

De esta forma, el legislador reconoce la validez de la “minusvalía”⁷⁰ en grado igual o superior al 33 por 100:

a) Los pensionistas de la S.S., que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez

b) Los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Por otra parte, debemos preguntarnos cuando la norma determina, ¿la calificación del grado de minusvalía unificado los efectos técnicos?, nos

⁶⁸ ALÍA ÁLVAREZ, G.-MUTUALDIS-. (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.). (2008). “Apoyos económicos a la discapacidad: pensiones y prestaciones”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado*. (Vol.III). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 1527.

⁶⁹ Debemos de tener en cuenta, que el R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad en su Disposición adicional segunda 1º, actualiza el término discapacidad para la norma, nos parece que el legislador en su momento hubiera utilizado el concepto discapacidad en toda la norma.

⁷⁰ Art. 1 del R. D. 1414/2006, de 1 de diciembre. Determina la consideración de la persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2-12-2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. B.O.E., 16 diciembre 2006, núm. 300, p. 44285.

remite al art. 5.5º del R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad ⁷¹, que señala: “A los efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado”.

Por lo que, podemos pensar sí realmente ante esta declaración de la norma, si la Jurisprudencia fuera del ámbito de las normas que hemos contemplado tiene la misma aplicación en la valoración de la “discapacidad”. Por tanto, nos damos cuenta que tanto los conceptos antiguos anteriormente citados, que creaban un estigma en las personas con discapacidad y el nuevo concepto de “discapacidad”, arranca del ámbito del Derecho administrativo ⁷², no de nuestro Derecho civil.

Pues como habíamos mencionado anteriormente, según la norma ⁷³ que había expresado que la discapacidad debía ser uniforme en todo el Estado, incluso en la L.A.A.D., ⁷⁴ tenemos que ver si nuestros tribunales obedecen al requisito de la competencia territorial. Por lo que, cabe mencionar la S.A.P. Santa Cruz de Tenerife 26 de marzo, núm. 153/2010 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. Concepción Macarena González Delgado) AC 2010\1571, en su Fundamento Jurídico Segundo: “Por tanto, definido

⁷¹ B.O.E. de 26 de enero de 2000, núm. 22, p.3317, rect. B.O.E. 13 de marzo de 2000, núm. 62, pág. 10297.

⁷² Así se confirma en la L.A.A.D., en su Disposición Adicional octava. Terminología, señala: “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”.

⁷³ Art. 5.5º del R. D. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad, señala: “A los efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado”.

⁷⁴ Art. 28.2º de la L.A.A.D., señala: “El reconocimiento de la situación de dependencia, tendrá validez en todo el territorio nacional”.

el concepto de invalidez e incapacidad profesional, la acreditación de la concurrencia de esos estados, no tiene que venir determinados por la correlativa declaración de los mismos por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de manera que pueden ser acreditados por otras pruebas, como es en este caso de la Consejería de Bienestar Social”⁷⁵.

Por otra parte, nos queda claro que su aplicación no obedece sólo a los efectos administrativos de la norma, o normas aplicables en el Derecho administrativo, sino también en lo que nos compete en el Derecho civil, como señala la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Primero: “se encuentra, además de discapacitado, con una disminución de la capacidad de un 65% y, de acuerdo con el artículo 822 C.c.”.

Nuestra conclusión es que no sólo a efectos del ámbito jurisprudencial administrativo se aplican las normas, quedando claro que también se aplican en nuestro ámbito jurisprudencial civil.

⁷⁵El art. 6.1º del R. D. 1971/1999 Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación de grado de discapacidad, señala: “Es competencia de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía o el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales” y el art. 7 señala: “las Dirección Provincial del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en Ceuta y Melilla”.

7. LA DECLARACIÓN DE “LA DISCAPACIDAD” EN LA VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL SUS DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE “DISCAPACIDAD” E “INCAPACIDAD JUDICIAL”

Como anteriormente hemos visto, en la declaración de la discapacidad dependen de las Administraciones públicas con sus equipos para la declaración de los grados de minusvalía⁷⁶, para la percepción de las prestaciones como muy bien expresa el R.D.1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía⁷⁷, mientras que para la declaración de incapacidad se tiene que tener varios informe periciales tanto médicos, psiquiátricos, sociales y un equipo dependiente del propio juzgado, por tanto los especialistas no son los mismos, pues tenemos de tener en cuenta que cada uno pertenece a una Administración, a todo esto debemos de señalar que la persona incapacitada tiene un grado de minusvalía que impide gobernarse por sí misma⁷⁸. Ante esto la consecuencia será que existen varios

⁷⁶ En este sentido, cabe señalar la S. T. S. J. Islas Baleares de 6 octubre, núm. 626/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez) AS 2004\188, en su Antecedente de Hecho Primero y Segundo, señalan: “existe un dictamen técnico facultativo de la EVO: que padece un trastorno inmunológico B por inmunodeficiencia por HIC C con un grado de discapacidad global de 56%, otorgándose una puntuación adicional de 9 puntos por la concurrencia de factores sociales complementarios resultando un grado total de minusvalía del 65% , la demanda interpuesta por la Sra., contra el Instituto Balear d’Afers Socials”.

⁷⁷ Como señalan sus arts. 5.4 y 6.1 a) y b) del R.D.1971/1999, de 23 de diciembre sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

⁷⁸ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Barcelona de 11 mayo, núm. 355\2006 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) AC 2006\1844, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Señora que se halla afecta de una tetraparesia espástica, enfermedad física de carácter permanente e irreversible, que le impide regir su persona y administrar sus bienes, tal como ha explicado el perito

organismos de la Administración para la determinación de la discapacidad e incapacidad.

Por otra parte, como señala el autor BOLÁS⁷⁹: “existe la vergüenza de incapacitar al familiar y la desconfianza de parte de los familiares hacia los jueces y los Tribunales, la insuficiencia de medios en el poder judicial y la descoordinación de los medios asistenciales de la administración”⁸⁰. Por tanto, consideramos ante estas dos últimas precisiones del autor que es necesario la unificación de los equipos de valoración, y así que una persona que esté en un procedimiento declarativo de incapacitación civil tenga las mismas opciones, que una persona que tenga un grado de minusvalía por otro órgano de la Administración, con atención a las ayudas que le puedan corresponder, tanto a la persona con incapacitación civil, si tiene un grado de discapacidad, de la misma forma que la persona discapacitada. De esta forma, sería una opción para sus familias y para la propia persona incapacitada judicial siempre que tenga una discapacidad, y que esta discapacidad este dentro de los parámetros de discapacidad que señala la L.P.P.D., o, en otras normas administrativas.

Ante esta situación debemos de diferenciar los conceptos de “discapacitado” e “incapacitado judicial”. Por lo que, tenemos que

judicial, su imposibilidad de autogobierno y la necesidad de auxilio de terceras personas, tanto en el aspecto personal, como también en el patrimonial”.

⁷⁹ BOLÁS ALFONSO, J., (Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Inauguración del seminario”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas, p. 22.

⁸⁰Por otra parte, la autora CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad e incapacitación judicial*. Op. Cit., p. 1159, considera que: “las modificaciones que ha introducido esta ley en el ámbito del derecho de sucesiones puede ocasionar el incremento de procedimientos tendentes a la incapacitación que dispensa este campo del derecho civil”.

concretar que el concepto de “discapacitado” no implica ser “incapacitado judicial”, pues el “discapacitado” puede tener la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, en este sentido se pronuncia el T.C., en su S.T.C. 174/2002, 9 de octubre núm. 174/2002 (Sala Segunda) (Ponente: Don Tomás S. Vives Antón) RTC 2002\174, en su Fundamento Jurídico 5., señala: “En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el Art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta necesariamente a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes así como al libre desarrollo de la personalidad - art. 10.1 de C. E”⁸¹.

Por otra parte, existe en nuestra sociedad la persona que tiene la cualidad de “incapacitado judicial”, por tanto no tiene la capacidad de obrar, y por lo que puede existir una persona incapaz pero que no está

⁸¹De la misma forma, se pronuncian los autores GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO, J. F., (2005). *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. (1ªEd.). Barcelona: Bosch, p. 150, citando los autores esta S.T.C. Por lo que consideramos importante la Ley 1/2009, de 25 de marzo. Reforma de la Ley de 8-6-1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacidades, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18- 11-2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. B.O.E. 26 marzo 2009, núm. 73, pág.: 29137, con observancia de su Disposición Final Primera que expresa: “El gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que pasarán a denominarse capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”. Por tanto, entendemos que es un cambio de término imperante en la actualidad.

incapacitada como entiende el autor BOLÁS⁸²: “el incapaz no discapacitado judicialmente se encuentra protegido únicamente por sus

⁸² BOLÁS ALFONSO, J., “Inauguración del seminario”. Op. Cit., p. 22, y siguiendo adicionalmente cabe señalar la S.A.P. Huesca 1 de abril 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro) AC 1993\563, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “estimo el caso del régimen de vistas y comunicaciones con la suspensión por parte del demandado por desatención y malos tratos, a su hija por estar afectada a una minusvalía psíquica consistente en oligofrenia moderada desprendiéndose de la calificación emitida por el Centro Base de Atención a Minusválidos del Instituto Nacional de Servicios Sociales, por la minusvalía de su hija necesita una atención especial”. Por otra parte, el autor MARTINEZ DIE, R., (Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Protección de los discapacitados”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situación de dependencia*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en UIMP. (1ªEd.). Madrid: Civitas, p. 31, define como problemas para el discapacitado: “el riesgo social severo”, que exigen una respuesta inmediata de la sociedad en su conjunto, y que se produce con independencia del grado de discapacidad de los afectados, expresando los ejemplos como el cuidado de los ancianos que viven solos”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar la S.A.P. Castellón 10 de octubre, núm. 490/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. Adela Bardón Martínez) AC 2005\1679, en su Fundamento de Derecho Cuarto sobre los derechos de los propietarios, señala: “en la eliminación de barreras arquitectónicas, ascensores y reducción de escaleras, (personas mayores de 70 años). Exponiendo quienes padeciendo una minusvalía, sean titulares de fincas urbanas en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios o sean usuarios de las mismas, tendrán derecho a promover y a llevar a cabo las obras de adecuación de la finca urbana y de los accesos a la misma desde vía pública”, por “el riesgo social severo”, ante estas situaciones la autora GARCÍA LLORENTE, M. A., (Coord. Trinchant Blasco, C.,) (2010). “Limitaciones de la capacidad de obrar”, en AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre Civil 2010 familia y sucesiones*. Madrid: Francis Lefevre, p. 304, señala: “El incapaz natural puede actuar jurídicamente con una voluntad viciada, debiendo demostrarse su incapacidad para impugnar aquellas actuaciones jurídicas llevadas a cabo por él, pero con carácter general, dicha persona sigue considerándose jurídicamente capaz, hasta tanto no sea declarada judicialmente su incapacidad. Cuando esto sucede ya no está ante una incapacidad natural, sino ante una incapacitación. La sentencia de incapacitación destruye la presunción legal de plena capacidad del mayor de edad, que ve limitada dicha capacidad a los márgenes que se describan en la resolución judicial”. De la misma forma, apunta la doctrina Italiana, en este caso cabe mencionar a los autores G.MASSIMO, B., (1987). *Diritto civile. La norma giuridica- i soggetti*. Milano: Giuffrè, p. 240. : “La persona física capace di agire” define como “incapacidad natural”: “L’incapacità naturale è lo stato di fatto della persona che non è in grado d’intendere o di volere per qualsiasi causa permanente o transitoria. L’incapacità naturale non indica uno stato legale d’incapacità della persona né si traduce per sé nella perdita o nella riduzione della capacità di agire del soggetto. Chi è incapace d’intendere o di volere può anche essere un incapace

padres, parientes o familiares, que de buena fe, pero claramente equivocados, no promueven la incapacitación por considerarla algo “vergonzosa” y por entender que un no discapacitado está mejor integrado en la sociedad que un discapacitado, expresando los ejemplos las personas que están sufriendo el inicio de una enfermedad degenerativa (Alzheimer) o que han sufrido un súbito derrame cerebral, del que pueden recuperarse, el caso de las personas que sufren drogodependencia que llevan a la ruina a su familia, considerándolas a estas personas que carecen un status legal, como los sin papeles”. Por lo que, consideramos que la postura del autor es acertada pues estas personas que no están incapacitadas judicialmente, pueden quedar desprotegidas si sobreviven a sus familiares, aunque no reúnan los requisitos para ser “discapacitado”, como señala la L.P.P.D.⁸³

Por lo que, debemos de diferenciar la cualidad de persona “incapacitada judicial”, como precisa la doctrina entre ellos cabe citar al

legale, ma non necessariamente. Pure nel caso in cui l'incapacità d'intendere o di volere deriva da un'abituale infermità mentale, occorre pur sempre una sentenza d'interdizione. In mancanza di tale sentenza la persona è legalmente capace.”, y termina con la conclusión “L'incapacità naturale non indica dunque uno stato legale d'incapacità ma uno stato di fatto della persona che può essere giuridicamente rilevante”. TRABUCCHI, A., (2004). *Istituzione di Diritto Civile*. (Quarantesima 1ª Ed.). Padova: Cedam, p. 240, define sobre la incapacidad natural: “L'interdetto e i l'inabilitato sono di permanente incapacità; qualsiasi atto dell'interdetto e gli atti dell'inabilitato eccedenti l'ordinaria amministrazione rimangono annullabili anche se si dimostra che soggetto ha agito in un periodo di lucido intervallo”, y expresa el ejemplo del art.428 del Cc. It., con alcune cautele ed entro limiti particolari, consente l'annullamento degli atti compiuti in una situazione di minorazione psichica no accertata da preventivo provvedimento di interdizione”, expresando (el autor): “È un intervento ragionevole, questo della legge, in favore di un soggetto che bisogno di protezione; quindi requisito per l'annullamento degli atti unilaterali è che dall'atto compiuto resulti un grave pregiudizio all'autore. Per l'annullamento dei contratti, se l'incapacità del soggetto non dichiarata, si richiede la malafede dell'altro contraente”. Por tanto, entendemos que es una forma de protección ante una persona no declarada incapaz judicialmente.

⁸³ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100;b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

autor DE COSSIO⁸⁴ que entiende: “se trata por tanto, de un acto judicial que modifica el estado civil de una persona”. Puesto, que ante esta situación entendemos que existe la “presunción de incapacidad”, como aclara la doctrina entre ellos cabe citar al autor DE COSSIO⁸⁵ que aporta:

⁸⁴ DE COSSIO y CORRAL, A., (1991). *Instituciones de Derecho civil. Parte General Obligaciones y Contratos.* (1 Tomo) (2ª Ed.). Madrid: Civitas, p. 187. O´ CALLAGHAN, X., (Dir. Martínez Die, R.,) (2000). “La declaración de incapacidad”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas especiales.* Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en UIMP. (1ªEd.). Madrid: Civitas, p. 45, aporta que: “tiene dos precisiones terminológicas. La primera, no se trata de una declaración: cuando una persona, con capacidad jurídica, se le priva total o parcialmente de la capacidad de obrar, se ve afectado su estado civil y ello no se declara, sino que constituye, por lo que la sentencia no declara, sino que constituye a la persona en un estado nuevo correspondiente a su capacidad natural determinada por su trastorno mental. La segunda no se trata de una incapacidad sino una incapacitación”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar la S.A.P. Madrid de 25 enero, núm. 57/2008 (Sección 22ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández) AC 2008\ 518, en su Fundamento de Derecho Segundo y Tercero señala: “La que se pronuncia sobre una incapacitación de una señora que padece un trastorno bipolar grave con síntomas psicóticos y trastorno mixto de personalidad y añade, no puede dejar de advertirse que tal declaración, más que un instrumento de ataque o invasión de los derechos de dicho sujeto, hasta lo que desde alguno sectores doctrinales, se denomina muerte civil, debe entenderse como mecanismo jurídico de amparo de quien, por sus deficiencias físicas o psíquicas, no se encuentra en condiciones de defender, por sí mismo, sus derechos de los que a través de la incapacitación, no se le priva, excluyendo únicamente, y en mayor o menor grado, la posibilidad de que sean ejercitado directa y personalmente por el mismo debiendo transcurrir tal actividad por medio de las personas u organismos, deben designados judicialmente”.

⁸⁵DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de derecho Civil.* I. Op. Cit., p. 187. MARTÍNEZ MAROTO, A., (Coord. Adroher Biosca, S.,) (2004). “Discapacidad e Integración: Familia, Trabajo y Sociedad”, en AA.VV., *Marco Jurídico de la Discapacidad.* Instituto Universitario de la Familia. Publicaciones Universidad Pontificia Comillas. Madrid: Edisofer, p. 376.: “persona mayor, que reúne los cuatro condicionantes que se expresan en el artículo 200 de código civil, pero que no tiene dictada sobre su persona una sentencia de incapacitación”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003.* Op. Cit., 51.: “Es expresión tradicional, pero incorrecta porque la presunción legal es la capacidad en tanto no se decrete la incapacitación”. Al respecto, opinan las autoras COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B. Mª., (Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.,) (2007). “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos.* (Vol. I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 175.: “el objeto sobre el que versa este proceso al

incidir sobre el estado civil de las personas comporta un interés público: al Estado le interesa la adecuada protección de quienes no pueden valerse por sí y determinar en qué medida están impedidos para su autogobierno, pues la incapacitación afecta directamente a los derechos y libertades consagradas en la Constitución”. Por lo que, debemos recordar que los arts. 199 - 200 C.c., determinan las formas y causas de la incapacidad judicial, como se pronuncia la Jurisprudencia en la S. T. S. 29 de abril, núm. 282/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías) RJ 2009\2901, en su Fundamento de Derecho Quinto, señala: “La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por tanto para derogar el principio de igualdad formal consagrado en el artículo 14 C.E., tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección”. Por otro lado, la autora GARCÍA LLORENTE, M. A., “Limitaciones de la capacidad de obrar”. Op. Cit., p. 303, entiende sobre la “presunción de capacidad”: “Según el principio general, desde los 18 años y hasta la muerte, se es titular de la plena capacidad de obrar, esto es, de la aptitud para ejercitar con eficacia actos jurídicos, ya que desde el mismo momento del nacimiento toda persona goza de idéntica capacidad jurídica (art.29 C.c.), o de idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones.”. Igualmente podemos pensar que lo mismo que ocurre en la legislación penal que existe la presunción de inocencia, mientras no exista sentencia que lo determine. En el Derecho civil italiano, concretamente en su C.c. It., el art. 414 y s.s., contempla las formas de incapacidades: “Persone che devono essere interdette. Il maggiore di età e il minore emancipato, il qual si trovano in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapace di porre ai propri interessi, devono essere interdetti” y el art. 415., señala: “Persone che possono essere inabilitate. Il maggiore di età infermo di mente lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all’interdizione, può essere inabilitato.

Possono anche essere inabilitati coloro che prodigalità o per abuso abituale di bevande ó stupefacendi, espongono sé e la loro familia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuti e il cieco dalla nascita o dalla prima infancia, se hanno ricevuto un’educazione suficiente, salva l’applicazione dell’ art. 414 quando resulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”. Como así lo afirman los autores italianos G. MASSIMO, B., *Diritto civile*. Op. Cit., p. 237, define la incapacidad en las dos fases del Derecho Italiano :“L’interdizione giudiziale è lo stato giudizialmente dichiarato di incapacità di agire della persona maggiorenne che a causa della sua abituale infermità mentale nono è in grado di provvedere ai propri interessi” y la otra forma de incapacitación que no es plena: “L’inabilitazione è lo stato giudizialmente dichiarato di ridotta capacità di agire della persona maggiorenne che per le sue condizioni mentali o fisiche non è pienamente in grado di curare i propri interessi”. Por otra parte, los autores italianos GALGANO, F., (1992). *Diritto Privato*. (7ª Ed.). Padova: Casa Editrice Antonio Milani Cerdam, p. 78, estima la presunción de incapacidad al expresarse: “Lo stato di infermità mentale può non essere talmente grave da giustificare la totale privazione della capacità di agire: le medesime persone legítimate alla domanda di interdizione possono, allora, chivedere l

“La incapacitación se basará, no en sus cualidades o condición natural, sino en una causa objetiva: en la declaración judicial”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia se pronuncia en la S.T.S. 10 de febrero 1986 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1986\520, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala:

“inabilitazione, e stesso tribunale, al quale sia stata chiesta l’interdizione dell’*infermo di mente*, può ritenere più congruo limitarsi a dichiararlo inabilitato”. FERRARA, F., (MCMXXI). *Trattato di diritto civile italiano*. (Vol.I). *Doctrinae Generali Parte I. Il Diritto- I soggetti- Le cose*. Roma: Edizione Scientifiche Italiane. Athenaeum, pps. 511-512 y 521, diferencia los tipos jurídicos de la incapacidad judicial en Italia: “Quando invencia il perturbamento dell’*intelecto* assume carattere permanente, od almeno abituale, ed il soggetto non è in grado di provvedere a sè od ai propri affari, allora l’*infermità* psichica può portare all’*incapacità* d’agire totale o parziale mediante gli istituti dell’*interdizione* e dell’*inabilitazione*”, por otra parte, afirma: “La legge esige un’*infermità* di mente, quindi non basta per l’*interdizione* una scarsa intelligenza, od semplice bizzarria di carattere o vecchiarria o l’*ubriachezza* inverata, salvo che quest’*ultime* non siano accompagnate o rivelino la *suppressione* o l’*aterazione* della *facoltà* intellettuali”, el mismo autor pone estas condiciones para ser incapacitado: “Dev’essere attuale, abituale, dev’essere di tale: gravità da rendere la persona incapace di provvedere ai propri interessi” enumerando una serie de enfermedades mentales como “di persecuzione, megalomania, mania religiosa). Del mismo modo expresa: “La condizione giuridica dell’*inabilitato*. L’*inabilitato* conserva la *capacità* d’agire, ma limitata in certi atti”. TRABUCCHI, A., *Istituzione di Diritto Civile*. Op. Cit., p. 255, define las dos causas de incapacitación: “L’*interdizione* giudiziale si ha quando colui che si trova affetto da abituale *infermità* di mente è dichiarato, con sentenza, incapace de provvedere di proprio interessi” en este sentido como hemos visto en los anteriores autores italianos “que pueda valerse por sí mismo” es un concepto que nuestra doctrina y jurisprudencia, concuerda con la doctrina italiana por otro lado, como señala como los otros autores italianos “La *determinazione* dell’*infermità* mentale è materia deferita alla *patología* psichiatrica” y “*Inabilitazione* espone las causas: a) di attuale e abituale malattia di mente non così grave da procedere all’*interdizione*; b) per prodigalità c) per abuso di bevande alcoliche o di stupefacenti, pregiudizi economici; d) per il sordomuto e il ciego dalla nascita o dalla prima infancia, che non abbiamo ricevuto un’*educazione* sufficiente” cosa que nuestros autores y jurisprudencia también se manifiestan, pero es más específico como indica el art. 200 Cc. Por otro lado, FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*. Op. Cit., p. 507, aporta: “Ma se le *infermità* ed i *defetti* del corpo non esercitano più nel diritto moderno alcun effetto sulla *capacità* giuridica possono costituire un impedimento materiale al compito di certi atti, in quando gli individui che ne sono colpiti si trovano nell’*impossibilità* di realizzare le condizioni indispensabili alla *validità* di essi, y añade, Ma qui si tratta d’*impossibilità* di fatto, non d’*incapacità* a compiere un atto giuridico” y expone los ejemplos a los sordomudos y ciegos de nacimiento. Por otro lado, entendemos que nuestro art.199 C.c., es más concreto.

“la capacidad mental se presume siempre, mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa”. Por tanto, mientras no exista una declaración judicial la persona será “presuntamente incapaz”, que por su naturaleza es un incapaz, estando capacitado en su facultad de obrar, lo que implica como anteriormente habíamos comentado que la persona, estará desprotegida si sobrevive a sus familiares.

Por otra parte, nuestros Tribunales⁸⁶ influenciados por la corriente doctrinal de la “incapacidad judicial” la denominan “muerte civil” o “muerte jurídico civil” influenciados por “el Code”⁸⁷, en el cual se disponía

⁸⁶ Al respecto, cabe citar la S.A.P. Madrid de 25 enero, núm. 57/2008 (Sección 22ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández) AC 2008\518, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “No puede dejar de advertirse que tal declaración, más que un instrumento de ataque o invasión de los derechos de dicho sujeto, hasta lo que desde alguno sectores doctrinales, se denomina muerte civil, debe entenderse como mecanismo jurídico de amparo de quien, por sus deficiencias físicas o psíquicas”.

⁸⁷ El Código Civil Francés. Libro I. de las personas. Decreto 8 de marzo de 1803. Promulgado el 18 de marzo de 1803. Como señalaba, TOULLIER, (M.DCCC.XXX) Droit Civil Français. (1º Tomo) (5ª Ed.) Paris: Ches videococq Librairie, pps. 243- 244 y 246 y 251- 252, “La perte de tous les droits civils, par suite de condamnations judiciaires, est qu’on appelle mort civile, parce que l’individu frappé de ces condamnations se trouve retranché du sien de la société, par la privation de toute participation aux droits civils (art. 22). Si l’homme est encoré vivant, la personne de l’associé est mort. La mort civile était encourrue, dans l’annciene jurisprudence, par condamnation, soit à la mort naturelle, aussi à perpetuité. Suivant ler Code, la condamnation à la mort naturelle emporte la morte civile (Art. 23). Il en resulte qu’un homme qui viendrait à décéder après la prononciation, mais, avant l’exécution du jugement, décéderait dans l’integrité de ses droit, integri statús. Nous avons vu que la mort civile est le retranchement absolu de la société, et qu’elle prive le condamné de toute participación aus droits civils. L’art. 25 fait une énumération des droits donst la mort civile emporte la privation. L’effet général de la mort civile est que les individus qui en son frappés ne sont plus au rang des personnes de la société, personam non habent. Ils conservant la qualité d’homme, que la loi ne pent leur ôter. Elle leuer retire les droits civils qui sont ouvrage, mais ne peut leur ôter les droits que loi naturelle attache à la qualité d’homme.” De todas formas la muerte civil arranca del derecho romano como señala, PLANIOL, M., (1928). *Traite élémentaire de Droit civil par Marcel Planiol avec la collaboration Ripert* (1ºTomo) (11º Ed.).Paris: Librairie Générale de droit& de jurisprudence, pps. 146 -147.: “Ancienne fiction romaine La personnalité se perd avec la vie.

en el Capítulo II. Sección II De la privación de los Derechos civiles como consecuencia de procedimientos judiciales y señalaba: “Las sentencias a penas, cuyo efecto es privar a la parte condenada de toda participación en los Derechos civiles a continuación se mencionan, se interpretará como una muerte civil. Cita para la muerte natural se interpretará como muerte civil”, nos parece que la “expresión muerte civil” en la actualidad en el Siglo XXI, es un elemento jurídicamente incorrecto, se puede decir a nuestro entender que está la persona incapacitada plenamente tanto por motivos físicos, sensoriales ó psíquicos o ambos elementos, pero puede realizar sus actos por medio de un tutor o curador, como expresa tanto la doctrina española como la doctrina italiana.

Por otro lado, cuando una persona es declarada incapacitada judicial, se puede ver afectada por su estado civil mediante una sentencia judicial⁸⁸, con la aplicación de los arts. 199-200 C.c., que aclaran las causas para ser la persona incapacitada judicial, y por otra parte la doctrina está de acuerdo

Les morts ne sont plus de personnes; ils ne sont rien. Effets de la mort civile l'art. 25 du Code de Napoleon Perte de drois civils”.

⁸⁸ Al respecto, los autores GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO J. F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Op. Cit., pps. 151-152, afirman: “Sin embargo, para determinar que la capacidad de obrar de una persona se halla limitada o anulada, es preciso acreditar dicho extremo mediante un procedimiento legalmente establecido, en el que se demuestren que concurren las circunstancias expresamente establecidas por la Ley que originan aquella limitación o anulación, a fin de que una sentencia firme (art. 199 C.c. “Nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley”) declare la existencia de una u otra circunstancia” del mismo modo “La condición de incapacitado se obtiene necesariamente por declaración judicial, en virtud de las causas establecidas legalmente”. O´ CALLAGHAN, X., “La declaración de incapacidad”. Op. Cit., pps. 47 - 48, define: “El concepto de incapacitación es, adaptado al concepto de trastornos mentales y según se desprende de lo expuesto hasta ahora: privación de la capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas fijadas por la Ley”. Debiendo recurrir a los arts. 199 a 201 del C.c. para su incapacitación.

con los preceptos citados entre ellos cabe citar al autor LUCINI NICAS⁸⁹ que afirma: “se tiene que poner de relieve que la vaguedad con la que se produce el art. 200 C.c., fue plenamente intencionada pues entiende que el legislador, en efecto quiso huir, de formulas psiquiátrico-psicológicas que le hubieran conducido a clasificar las enfermedades que originan la pérdida de la aptitud de autogobierno, con la perturbadora consecuencia de trasplantar al Derecho positivo lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance, apuntando la doctrina que es un incuestionable acierto haber prescindido de criterios casuísticos, necesariamente variables y siempre mejorables”, y siguiendo adicionalmente se pronuncia la Jurisprudencia en su S.T.S. 20 de mayo, núm. 479/1994 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) RJ 1994\ 3723, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “El estado mental, el examen que hace el juzgador de la capacidad de estar distinguiendo entre los actos relacionados con el gobierno de su persona y

⁸⁹ LUCINI NICAS, J. A., (2004). *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*. Actualidad Civil nº 14, 2ª quincena de julio, p.1624. GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO, J. F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Op. Cit., p. 153.: “El Art. 200 C.c., no remite a ninguna clasificación médica oficial ni a la nomenclatura propia de la medicina para determinar qué enfermedad o deficiencia debe padecer una persona con objeto de que proceda su declaración de incapacidad. Señala la doctrina que esta vaguedad o imprecisión fue realmente propiciada por el legislador con la finalidad de evitar caer en un excesivo casuismo y para reflejar que la causa real de la incapacitación no es la enfermedad concreta padecida por la persona, sino que influye en la misma, y en qué grado le afecta”. Por otra parte, las autoras estiman COMES MUÑOZ, E., y ESCALOÑILLA MORALES, Bª., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 177.: “En redacción abierta y flexible ha merecido alabanzas por parte de la doctrina, (LETE DEL RÍO, ROCA GUILLAMÓN, CABRERA MERCADO, SANCHO GARGALLO) ya que, como afirma MARTÍNEZ DÍE, supone huir de fórmulas psiquiátricas- psicológicas que llevan a clasificar las enfermedades específicas que originan la pérdida de la aptitud de autogobierno “como la perturbadora consecuencia de trasplantar al Derecho positivo lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance”.

con sus bienes, en la manera que establece la sentencia”. Por lo que, entendemos que tanto nuestro C.c., como el órgano juzgador no tiene que entender de enfermedades, pero sí que tiene que saber las causas que provocan para ser la persona incapacitada judicialmente. Por tanto, no existe una conceptualización de enfermedades o deficiencias que producen la incapacidad o la imposibilidad del autogobierno en el C.c., ya que a cada persona le afecta en un diferente grado, como las autoras COMES MUÑOZ y ESCALOÑILLA⁹⁰ aportan: “debe de tenerse en cuenta que ni las habilidades son iguales en todos los individuos, ni todos los individuos precisan el mismo grado de habilidades”.

De esta forma, el órgano juzgador de la sentencia de incapacitación no es médico, sino es jurista y tiene que acudir a un peritaje médico atendiendo a la complejidad de cada persona, por lo que tomará la decisión sobre su incapacitación sí es plena o limitada, al respecto las autoras COMES MUÑOZ y ESCALOÑILLA⁹¹ aportan: “Aunque el concepto de autogobierno tenga un sentido estrictamente jurídico, es conveniente, la importancia de que el dictamen pericial, además de emitir un diagnóstico bien argumentado de la persona, lo más importante son sus habilidades funcionales las que marcan el nivel de funcionamiento de la persona y deben relacionarse con las exigencias que su condición personal y bienes, y el deber de ponderación del requisito del autogobierno por parte del Juez le obliga a tomar en consideración la mayor o menor complejidad de los intereses de cada persona en concreto”. Por tanto, entendemos que el incapacitado judicial puede verse limitado en su capacidad de obrar,

⁹⁰ COMES MUÑOZ, E., y ESCALOÑILLA MORALES, B^a., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 183

⁹¹COMES MUÑOZ, E., y ESCALOÑILLA MORALES, B^a., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 183.

conllevando la necesidad de un representante legal⁹² para preservar sus intereses.

Por lo que, cuando se pierde la capacidad plena o total se pierde la capacidad de obrar⁹³. De esta forma, la sentencia de incapacitación determina que actos tiene limitados, la necesidad de complementariedad y los actos que puede realizar la persona, por tanto debemos de diferenciar la incapacidad parcial que puede ser psíquica o física, al respecto cabe citar la S. A. P. Valladolid de 18 enero 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal) AC 1994\ 40, en su Fundamento de Derecho Cuarto y Quinto, que señala: “cuando en el procedimiento nadie ha negado la capacidad de juicio de la afectada, ni sus facultades de decisión, limitándose su enfermedad a una deficiencia física diagnosticada de parálisis con tetraparesia espática y grado de minusvalía de 85,5%, que le mantiene de forma permanente en silla de ruedas, con dificultad del habla y el normal movimiento de todas sus extremidades, con necesidad de terceras personas, “el que gobernarse por sí misma” es un término de tan gran amplitud que dentro de él pueden comprenderse los dos aspectos, el personal y el patrimonial, opinión sustentada por la doctrina, así Díez-Picazo, en sus comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela (ed.

⁹²Al respecto, las autoras intentan diferenciar lo que comporta la “incapacidad judicial” COMES MUÑOZ, E., y ESCALOÑILLA MORALES, B^a., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 183, aportando: “Primero afirman que algún sector de la doctrina ha acuñado el término de “peligrosidad social” (RIVERO), pues se trata de valorar el grado de incapacidad atendiendo al tipo de responsabilidades que deba asumir sus bienes, y segundo el concepto de peligrosidad civil hace referencia al riesgo que asume el discapacitado al administrar inadecuadamente sus bienes”.

⁹³Al respecto, cabe señalar la S.A.P. Barcelona de 22 abril 2003 (Sección 18^a) (Ponente: Ilmo. Sr. Enrique Anglada Fors), AC 2003\2030, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “La incapacitación, supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, dándose la equivalencia a muerte jurídico-civil”.

Tecnos, Madrid 1986). En idéntico sentido Albácar y Martín Granizo en sus “Comentarios al Código Civil. Doctrina y jurisprudencia” tanto en el aspecto subjetivo o personal- atención y cuidado de la propia persona, facultando así al incapacitado esté tuitivamente ayudado en la forma más conveniente y útil para que como una persona pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad sin que la función del curador sea la de suplir su voluntad”.

Por tanto, para que exista la “incapacitación judicial” de una persona es necesario que concurren dos circunstancias: la primera que la enfermedad o deficiencia sea persistente, y la segunda que la persona tenga afectada la capacidad de autogobierno, de esta forma pueden existir enfermedades que con carácter “persistente” que tengan su manifestación como enfermedades cíclicas, y así nuestra Jurisprudencia es unánime, en que exista una enfermedad o deficiencia que impida el autogobierno y no en la fase temporal en la que este la enfermedad⁹⁴. Por lo que, nuestra

⁹⁴ En este sentido, cabe mencionar la S. T. S. 10 de febrero 1986 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1986\ 520, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “sobre una declaración de incapacidad de una Sra., que no se declara en situación de prodigalidad, sino de incapacidad, pues la incapacidad a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias, que el mencionado precepto establece, de que exista en una persona, cual sucede con la ahora recurrente, una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico- en este caso la indicada reconocida psicosis fásica, maníaco-depresiva, de evolución crónica- que impide a la persona gobernarse por sí misma-cuando, como también viene reconocido, dicha enfermedad tiene manifestación en fase cíclica, o sea cuando se produce crisis maníacas-; y sin que para la apreciación de la causa de incapacitación que previene el artículo 200 del C.c., en su vigente redacción, sea obstáculo el que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino esporádicamente cuando las referidas fases cíclicas o críticas se produzcan, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no en la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia se ha de considerar en el momento de determinar la extensión y los

doctrina⁹⁵ y los Tribunales⁹⁶ manifiestan en el concepto de incapacitación dos términos: la persistencia y la incapacidad de gobernarse.

Por tanto, para nosotros el concepto de autogobierno es un concepto indeterminado, pues hace referencia a la persona (representante legal) para

límites de la incapacitación” . Por lo que, tal concepto de persistencia es prácticamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiesten en fases cíclicas.

⁹⁵ Al respecto, cabe citar los autores GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO, J. F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Op. Cit., p. 155.: “Sólo en el caso de que esa enfermedad psíquica o deficiencia física persistente impida a la persona gobernarse por sí misma existirá una verdadera causa de incapacidad”. COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B. M^a., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 181.: “La persistencia debe ser valorada teniendo en cuenta tanto la prolongación de la patología, como el tiempo de su manifestación. En cuanto a la prolongación de la patología, determinadas enfermedades o deficiencias crónicas e irreversibles no ofrecen duda al tiempo de valorar el requisito de persistencia, como las demencias degenerativas. El concepto de autogobierno es de naturaleza jurídica, La doctrina clásica (Manresa) define el autogobierno implica una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial. Basta con que la patología engendre una merma o menoscabo sustancial de dicha facultad para que adquiera relevancia a efectos de incapacitación judicial”. Por otra parte, el autor O’CALLAGHAN, X., “La declaración de incapacidad”. Op. Cit., pps. 48-49, sostiene: “El legislador, como jurista, no se ha comprometido en posiciones médicas, pero ha perfilado perfectamente el concepto jurídico en dos ideas: la persistencia y la imposibilidad de gobernarse por sí mismo. No cabe, pues, pues incapacitar por un ataque o situación aguda, sino por algo persistente (un alcoholismo, no una simple borrachera; una locura, no un ataque de epilepsia) y debe ser de entidad tal que el sujeto no pueda gobernarse, en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico, no por persona física o mentalmente realizar actos o negocios jurídicos con las mínimas garantías de que con conciencia y voluntad, realiza los actos libres y conscientes”. De la misma forma, en el Derecho italiano el autor GALGANO, F., *Diritto Privado*. Op. Cit., p. 78, señala: “Possono essere inabilitati anche i prodighi, ossia coloro che sperperano il proprio patrimonio, e coloro che fanno abituale abuso di bevande alcooliche o di sostanze stupefacenti, se spongono sé o la famiglia a grave pregiudizio económico”. Como consecuencia deben existir unas circunstancias para la incapacitación.

⁹⁶ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Navarra 11 de junio, núm. 142/2002 (Sección 1^a) (Ponente: Ilmo. Sr. Fermín Zubiri Oteiza) AC 2002\1401, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiesten en fases cíclicas”.

administrar sus bienes⁹⁷, al respecto las autoras COMES MUÑOZ y ESCALONILLA⁹⁸ entienden: “que es un concepto jurídico indeterminado (refiriéndose al concepto de autogobierno) pues el legislador no lo ha definido, habiendo sido delimitado por la doctrina y la jurisprudencia”.

Por otra parte, hay que contar que la persona incapacitada judicial puede recobrar la capacidad de obrar ya sea parcialmente o totalmente⁹⁹.

Por lo que, para declarar “discapacitada” una persona “incapacitada judicial”, deberá tener un grado de minusvalía, y que ese grado este acreditado mediante certificado por los medios reglados por ley o por sentencia judicial, en este último caso cabe señalar la S.A.P. Valencia de

⁹⁷ Como la autora GARCÍA LLORENTE, M. A., “Limitaciones de la capacidad de obrar”. Op. Cit., p. 303, aporta: “La capacidad de obrar, en cuanto aptitud para producir libremente efectos jurídicos mediante actos propios, conscientes y voluntarios, que pueden verse limitada o restringida a través del proceso de incapacitación”, y adicionalmente como se pronuncia la S.A.P. Barcelona 29 de mayo 2002 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) JUR 2002\209033, en su Fundamento de Derecho Primero: “Como estado civil limitativo de derechos, la constitución o declaración de incapacidad, está sometida, en cuanto las causas lo determinan, al principio de legalidad”.

⁹⁸ COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B. Mª., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 181.

⁹⁹ Al respecto, las autoras COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B. Mª., “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”. Op. Cit., p. 180, aportan: “Sin embargo, hay enfermedades psíquicas de carácter psicótico que ofrecen más dudas en cuanto a su evolución temporal a la hora de analizar si existe causa de incapacitación civil. Dos supuestos plantean interés: los trastornos transitorios y los intervalos lúcidos o los periodos intercrisis en las enfermedades cíclicas”, y adicionalmente cabe señalar la S. A. P. Zaragoza 14 de diciembre, núm. 653/2005 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós) JUR 2006 \24539, en sus Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero, señala: “Por ello el actor se ampara en el art. 212 Código Civil, solicitó el reintegro de la capacidad del Sr., una vez declarada la incapacidad y nombrado al incapaz tutor que vele por su protección, tal declaración solo podrá ser dejada sin efecto si media la debida prueba de que las facultades volitivas y cognitivas se han recuperado y que el sujeto está de nuevo en condiciones de gobernarse por sí mismo, total o parcialmente. La mejoría experimentada del enfermo, ciertamente limitada, no ha quedado, pues, estrictamente reducida al aspecto conductual, por lo que, máxime si tiene en cuenta los efectos beneficiosos que en el aspecto psicológico puede la medida reportarle”.

17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\ 2239, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “La citada perito concluyó el dictamen diciendo que “la persona explorada presenta ligeras alteraciones mentales que repercuten sobre elementos integrantes de la capacidad de manera que están ligeramente disminuidas la suma de conocimiento acerca de los derechos y deberes sociales, juicio o capacidad de discernimiento suficiente para aplicarlos en un caso en concreto y firmeza de voluntad precisa para inspirar una libre decisión. Presenta ligeras alteraciones de la inteligencia y de la voluntad necesarias para obrar con conocimiento en un determinado momento por lo cual aunque es capaz de gobierno de su persona considero que es parcialmente capaz para la administración de sus bienes y patrimonio en un momento dado”, al declarar la incapacitación parcial del demandado y su sujeción a la curatela, es más adecuada a la deficiencia que padece, calificada por la señora médico-forense de trastorno desarrollado por encefalopatía de etiología no filiada, que ha motivado el reconocimiento al demandado de un grado de minusvalía del 52%; los actos jurídicos con trascendencia reconocimiento patrimonial para los que será necesario el complemento de capacidad del curador”.

Por otra parte, en el caso de que no exista sentencia judicial de incapacidad será solamente una persona discapacitada, que podrá gobernarse por sí misma, pues tendrá un grado de “minusvalía” o “incapacidad laboral”, mediante la acreditación del organismo correspondiente¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Al respecto, cabe citar la S. T. S. J. Galicia 26 de febrero 2007 (Sala de lo Social Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Antonio José García Amor) JUR\2007\204302, en su Antecedente de Hecho Segundo, señala: “Sr., que padece las siguientes dolencias: deambulación sin apoyos, cicatriz en c. Lumbar; flexión lumbar limitada con dedos-suelo: 15 cms. Lasegue y bragard negativos bilateral, goldwaith (+) a40°

Como hemos visto, cuando hablamos de “minusvalía” resulta ser que la persona padece un grado de afección física o sensorial, psíquica, o las tres afecciones al mismo tiempo, pero esto no implica que puede afectar a las personas con incapacitación psíquica y también puede ser sensorial o ser física, pues esta a veces no afecta a la capacidad volitiva¹⁰¹.

Después de lo anteriormente expuesto debemos decir que las personas que cumplan los grados de la L.P.P.D., sean a su vez incapacitadas judiciales y discapacitadas, o discapacitadas solamente son beneficiarias de esta normativa, al respecto cabe mencionar la S.T.S. 29 de abril, núm. 282/2009 (Sala de lo Civil 1ª) (Ponente: Excm. Sra. Dª. Encarnación Roca Trías) RJ 2009\2901, en su Fundamento de Derecho Séptimo. Los sistemas de protección, señala: “ La ley 41/2003 de 18 de noviembre, de

ROT++ y simétricos rotulados y aquellos, fuerza de articulación metatarso falángica conservada, importante estenosis de canal raquídeo congénita en el espacio L4-L5, protusión global del disco de predominio para medial izdo. Que condiciona una mayor estenosis. Espondiloartrosis. Canal medular estrecho, abombamiento discal L5-S1 paramedial izdo; raquestenosis lumbar segmentaria C4-C5 y hernia discal L4-L5 intervenida quirúrgicamente con discectomía artrodesis. El día 24 de enero de 2004, la Conselleria de Asuntos ASociais Empleo e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, emitió resolución de reconocimiento al Sr, un grado de minusvalía del 41% de carácter definitivo”.

¹⁰¹ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Barcelona de 11 mayo, núm. 355\2006 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) AC 2006\1844, en su Fundamento de Derecho Segundo 2, señala: “Sra., que se halla afecta de una tetraparesia espástica, enfermedad física de carácter permanente e irreversible, que le impide regir su persona y administrar sus bienes, tal como ha explicado el perito judicial, exponiendo que se trata de una patología degenerativa del sistema nervioso, que ha ido limitando paulatinamente y en los últimos tiempos con mayor intensidad, añadiendo que, aunque ahora esté lúcida, en un futuro no muy lejano presentará deterioro cognitivo, teniendo ya en la actualidad paralizado el cuerpo y las extremidades, alterada la percepción y la capacidad de relacionarse con el mundo exterior, debido, especialmente, a su lenguaje disfémico y disártico, lo que hace interiorizarse con su entorno, lo que le impide todas aquellas conductas tendentes al proveimiento de los elementos necesarios para su propia existencia, precisando apoyo constante de otras personas, que velen por ella, la cuiden y la representen, todo lo cual determina y comporta, en definitiva, su imposibilidad de autogobierno y la necesidad de auxilio de terceras personas, tanto en el aspecto personal, como también en el patrimonial”.

protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para las personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho Civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% ”.

Nuestra conclusión como apuntamos es interesante que en un futuro se unifiquen la incapacidad judicial con la discapacidad¹⁰², puesto que beneficiaría a la persona discapacitada que es a su vez incapacitada judicial y a sus familiares, a efectos de trámites legales y ayudas.

8. LA PERSONA DISCAPACITADA BENEFICIARIA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

Primero tenemos que tener presente, lo que nos dicta la norma en su art. 2 de la L.P.P.D., que enuncia quienes pueden ser beneficiarios del P.P., expresándose en los siguientes términos:

“1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.

¹⁰²Al respecto, la autora CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad e incapacitación judicial*. Op. Cit., p. 1187, aporta: “Sería deseable, desde nuestro punto de vista que se unificaran ambos conceptos y que la discapacidad sea subsumida por la incapacidad judicial”.

2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado médico expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

Extrayendo de la lectura de este artículo, podemos decir evidentemente que su beneficiario es exclusivamente, la persona con una discapacidad afectada por unos concretos grados de minusvalía, con lo cual nos da la conclusión que la norma cubre ciertos grados de minusvalía pudiéndose acreditar mediante certificado o resolución judicial, por lo que la persona con minusvalía inferior a estos grados, no se puede acoger a la L.P.P.D., como beneficiario aunque tengan necesidad de ello.

Al respecto, la autora PASTOR ALVAREZ¹⁰³ entiende: “que la consideración de discapacitado como beneficiario a efectos de esta situación opera con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 C.c., y de que, aun concurriendo tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas, se tiene que tener en cuenta que jurídicamente hay que distinguir entre “discapacitado” e “incapacitado judicialmente” (conceptos

¹⁰³PASTOR ALVAREZ, M^a. C., *Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas con discapacitadas*. Op. Cit., p. 7.

jurídicos que los habíamos diferenciado anteriormente), en tanto que para ser considerado como discapacitado (a efectos de esta ley) es suficiente con padecer una minusvalía psíquica igual o superior a un 33%, física o sensorial igual o superior al 65%, sin perjuicio de que a su vez sea o no declarado judicialmente como incapacitado”.

Por otra parte, el autor PÉREZ HUETE¹⁰⁴ es crítico en la L.P.P.D.: “pues se cuestiona si esto es aplicable al orden civil, donde la Ley 41/2003 en su artículo 2.2 sólo menciona la cuestión del grado sin aludir para nada a la condición de incapacitado por sentencia, donde la regla general no se establece ningún grado, por lo que entiende que debe interpretarse de forma amplia y entender que todo incapacitado es discapacitado y por tanto, podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que le otorga la Ley al margen de su grado en concreto en este caso”.

Por otro lado, la norma habla de discapacidad mediante certificado o sentencia judicial, por tanto se puede crear un P.P.,(Patrimonio protegido) para una persona no incapacitada judicial con discapacidad, o, incapacitada judicial por medio de una sentencia judicial firme, teniendo esta persona un grado de discapacidad, siempre atendiendo a los grados de la L.P.P.D. Por lo que, la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹⁰⁵ entiende: “que es una cuestión de interés considerar que la Ley 41/2003, que precisamente nace con el propósito de proteger a los discapacitados con independencia de que concurren o no en ellos incapacitación judicial”.

¹⁰⁴ PÉREZ HUETE, J., (Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno, L. C.,) (2007). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41\2003”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, p.1000.

¹⁰⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Retos del siglo XXI para la familia*. Moncada: Práctica de derecho, p. 88.

Por tanto, entendemos que el P.P., podrá formarse, con o sin sentencia judicial firme, siempre que se demuestren los grados sobre la minusvalía que se observan en la L.P.P.D.

Por otra parte, la L.P.P.D., habla del beneficiario, por lo que podemos pensar que pueden existir diversos beneficiarios en un P.P.,¹⁰⁶ o, solamente puede ser un sólo beneficiario en el P.P.

8.1. La influencia del grado de discapacidad en la persona discapacitada, para ser beneficiaria del patrimonio protegido

Como hemos visto, la persona tiene que tener un grado de minusvalía, para ser discapacitado como señala el art. 2.2 de la L.P.P.D.: “personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

Por tanto, sólo puede constituirse el P.P., cuando el beneficiario cumpla estas condiciones, por lo que el P.P., está unido a las condiciones que señala la L.P.P.D., sobre los grados de discapacidad una vez que esta la persona discapacitada, puesto que cuando la persona deje de estar discapacitada el P.P., desaparecerá¹⁰⁷. Por tanto, podemos decir que sin discapacidad no existe el P.P.

¹⁰⁶ Al respecto, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 8, aporta: “Ahora bien, a los efectos que a nosotros interesa, los discapacitados son, como hemos anunciado los únicos posibles beneficios (destinatarios) de P.P.”.

¹⁰⁷ Al respecto, el autor LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., (2005). *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario año LXXXI, enero-

Por otra parte, no podrá constituirse el P.P., a favor de terceras personas que tengan una afinidad familiar con la persona discapacitada, como el autor SEDA HERMOSÍN¹⁰⁸ entiende: “pues como regla general inexcusable, pueden ser beneficiarios del patrimonio protegido las personas con discapacidad, y recalca única y exclusivamente las personas con discapacidad, nunca terceros, ni descendientes, ni ascendientes, ni personas jurídicas, ni ninguna otra persona en quien no concurra situación de discapacidad”. Postura que entendemos puesto que el único beneficiario es la persona con discapacidad, no terceras personas que tengan una relación de afinidad familiar, ni como expresa el autor incluso personas jurídicas que por el hecho de atender a la persona con discapacidad, se beneficien de su discapacidad, además entendemos que tanto en nuestro Ordenamiento Jurídico, y en los demás Ordenamientos internacionales no se contemplan a las personas jurídicas como discapacitadas.

Por otro lado, la “discapacidad” se puede configurar como una medida alternativa a la incapacitación judicial¹⁰⁹, debiéndose a la poca actividad

febrero año 81 núm. 687. Boletín del Colegio de Registradores de España, p. 41, aporta: “Se corre el riesgo de dejar en cada momento la concesión de un derecho- beneficio como es la constitución de un patrimonio protegido a la potestad de cambiarlos reglamentariamente”. Por tanto, si se cambian reglamentariamente los grados de minusvalía y la persona no alcanza esos grados nuevos dejara de ser discapacitado, y por tanto, no será beneficiario, por otra parte si se modifica su situación de discapacidad, también dejará de ser beneficiario.

¹⁰⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., (2004/05). “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05*. (XVI tomo) (Vol. 2). Albolote (Granada): Comares, p. 6.

¹⁰⁹ Al respecto, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 12, entiende: “Declarada, por tanto, la incapacidad por concurrir cualquiera de las mencionadas en el citado artículo 200 C.c., y aunque se pudiera afirmar que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad y no a la inversa; a los efectos de ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga la L.P.P.D., el juez de lo civil carece de momento, de competencia para graduar y calificar la discapacidad psíquica,

sobre los familiares que toman estas medidas, y, creándose una forma estigmatizadora para la persona incapacitada judicial y su familia¹¹⁰.

Por lo que, entendemos que esta norma es más flexible y rápida que el acudir a un tribunal para incapacitar a una persona para poder ejercer su administración en su patrimonio, teniendo en cuenta que siempre se tiene que cumplir los requisitos del grado de discapacidad que señala la L.P.P.D. Por lo que, aunque la persona este “discapacitada” en el caso de no admitirse la constitución del P.P., se deberá acudir al tribunal, para dirimir su constitución.

Por otra parte, el objeto de las dos figuras jurídicas la “incapacitación judicial” y la “discapacidad” entendemos su aplicación en el P.P. : en la primera figura jurídica cuando la persona no puede gobernarse por sí misma, puesto que el P.P., de la persona con discapacidad¹¹¹, esta creado

física o sensorial que parezca la persona incapacitada”. Aunque nosotros no compartimos la opinión de la autora, por el motivo que sí existen como hemos visto sentencias del orden civil, donde se aprecia una minusvalía realizada al incapacitado judicial por medio del perito judicial.

¹¹⁰ Como había mencionado anteriormente el autor BOLÁS ALFONSO, J., “Inauguración del seminario”. Op. Cit., p. 22, define al discapacitado: “El incapaz no discapacitado judicialmente se encuentra protegido únicamente por sus padres, parientes o familiares, que de buena fe, pero claramente equivocados, no promueven la incapacitación por considerarla algo ”vergonzosa” y por entender que un no discapacitado ésta mejor integrado en la sociedad que un discapacitado”.

¹¹¹ Al respecto, los autores aportan SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”. Op. Cit., p. 7.: “El concepto de discapacitado, debe entenderse con independencia que concurran o no en la persona con discapacidad alguna de las causas legales de incapacitación previstas en el Código Civil (artículo 200 C.c.) y con independencia de que éste o no judicialmente declarada la incapacidad”. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 88.: “ Conviene subrayar que la concurrencia del grado de minusvalía psíquica, física o sensorial legalmente exigido resulta suficiente para convertirse en titular del patrimonio protegido, beneficiario de la norma, con independencia de que la persona discapacitada concurran o no las causas de incapacitación previstas en el artículo 200 del C.c., y que se hayan sido o no judicialmente incapacitadas, y añade, de manera que “las personas discapacitadas”

para la satisfacción de sus necesidades¹¹², en este caso se actuará puesto que la persona es incapacitada judicial y a su vez discapacitada (pues la persona no posee capacidad de obrar suficiente) debe administrarse mediante un tercero el P.P., y por el contrario en la segunda figura jurídica cuando la persona esta solamente discapacitada puede administrar ella misma el P.P. (siempre que tenga la capacidad de obrar).

De esta forma, el P.P., podrá ser constituido a favor de una persona incapacitada judicial, siempre que tenga los requisitos que señala la L.P.P.D., que son las condiciones necesarias para la condición de beneficiario. El problema es si la persona incapacitada judicial no tiene la condición de discapacitado mediante el reconocimiento de minusvalía, por lo que no se podrá crear un P.P.¹¹³

beneficiarias del patrimonio protegido pueden ser: a) discapacitados no incapacitados judicialmente, así como también b) discapacitados judicialmente incapacitados (pudiendo ser, a su vez, en éste último caso incapacitados - por resolución judicial- total o parcialmente)".

¹¹² Debe de tenerse en cuenta que hay algún autor que crítica la norma, es el caso de la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., "La protección patrimonial de las personas con discapacidad". Op. Cit., p. 84, que entiende: "Por otra parte, la concreción de los beneficiarios de este patrimonio plantea un esencial punto de interés, cual es la duplicidad de normativas de protección que la norma determina, sin duda criticable por cuanto lejos de unificar criterios y extender la posibilidad del beneficio patrimonial a cualquier persona que padezca una anomalía psíquica, física o sensorial, que le impida gobernarse por sí misma, discrimina situaciones implantando un diverso tratamiento en función de que la condición subjetiva del beneficiario éste o no amparado por la Ley".

¹¹³ Al respecto, entienden los autores MORETÓN SANZ, M. F., (2005). *Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" año LXXXI, enero-febrero 2005, núm. 687, p. 79.: "En definitiva, parece que excluye de las ventajas de la Ley a quienes estén incapacitados judicialmente, si no tienen reconocidos los grados específicos las tipologías de minusvalías en cuestión, toda vez que sea dicho, el juez civil carece, de momento, de las competencias para su concreción. De lo dicho se ha de concluir que si quien pretenda ser beneficiario de la institución sólo está incapacitado judicialmente, es más posible que la constitución no llegue a buen puerto". CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., "La protección patrimonial de las personas con discapacidad". Op. Cit., p. 84.: "De manera que en el caso de incapacitación judicial no será posible la creación del patrimonio protegido si no se alcanza, además, el grado de minusvalía exigido. Sin

Por otra parte, como manifestamos es necesario que exista una coordinación entre la Administración y los Tribunales para la valoración de las personas discapacitadas¹¹⁴. De esta forma, los equipos de valoración serían los mismos y tendrían más agilidad en el orden de los grados de discapacidad a efectos administrativos, y, sería más eficaz para ellos y sus familiares, como expone la autora BERROCAL¹¹⁵: “El silencio de la L.P.P.D., señalado no favorece que sea posible la constitución de patrimonio, por el que sólo está incapacitado judicialmente; y ello pese a que no se duda de la correspondencia entre incapacitación judicial y la minusvalía de 65%, no consolidada a efectos civiles por esta norma”. Por lo que, entendemos que sí existe un reconocimiento administrativo de minusvalía será posible la creación del P.P., aunque proceda de la

embargo, a pesar de que el título de la Ley podría hacernos pensar que toda ella se dedica a la protección del discapacitado, el artículado de la misma se encarga de desmentir tal premisa, ya que no existe unidad de criterio y las instituciones reformadas lo son para la protección de unos y otros sujetos física o psíquicamente disminuidos (discapacitados e incapacitados judicialmente) en función de criterios ilógicos y en otras cuando menos desconcertantes, sin que la Ley en ningún caso los equipare ni llegue a establecer medidas que protejan a ambos”.

¹¹⁴ Por lo que, la autora MORETÓN SANZ, M. F., *Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal*. Op. Cit., pps. 79 - 81, aporta: “En consecuencia, la no consagración legal de tal equiparación y la exigencia administrativa de la graduación y calificación poco contribuyen a la consolidación de la premisa de que todo incapacitado es un discapacitado en el ámbito de la L.P.P.D.”.

¹¹⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 12. Por otra parte, la autora CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad e incapacitación judicial*. Op. Cit., p. 1187, entiende: “Es aconsejable que la discapacidad quede subsumida en la incapacitación” Por otro lado, la autora MORETÓN SANZ, M. F., *Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal*. Op. Cit., p.79 entiende que se está dando un paso positivo en la incapacitación judicial al señalar: “Esta correspondencia entre incapacitación judicial y la minusvalía del 65 por 100 es un dato que conviene tener a la vista, ya que cabe la posibilidad de que este criterio de equiparación termine por generalizarse a efectos civiles”.

incapacitación con alcance absoluto, que sea tomado referencia de la Administración para incapacitar a las personas discapacitadas, al respecto, cabe señalar la S. A. P. Barcelona de 24 enero, núm. 19/2000 (Sección 18ª) (Ponente Ilma. Sra. Margarita Noblejas Negrillo) JUR 2000\142521, en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, señala: “en la que tiene reconocido por el Institut Català d’Assitencia I Serveis Socials en la que se incapacita a un hombre con un porcentaje de disminución de 71 %. Declarada la incapacidad total del demandado, procederá constituir a su favor una tutela”.

Por otra parte, hay sentencias de tribunales que se han pronunciado bajo el concepto de “discapacidad” e “incapacitación”(en este último caso atendiendo a que a su vez sea la persona discapacitada), por ejemplo en beneficio del interés del discapacitado, en este sentido cabe mencionar la S.A. P. Cáceres 12 de marzo, núm. 28/2004 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano) JUR 2004/97010, en su II.-Fundamento Jurídico Segundo, señala: “patrimonio protegido de las personas con discapacidad”.

Por otro lado, no cabe duda que si una persona antes de la promulgación de la L.P.P.D., es incapacitada judicial (a su vez esta discapacitada) puede crear un P.P.,¹¹⁶ o, puede llegar en la realidad a una

¹¹⁶ Al respecto, los autores aportan LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., p. 41.: “Aunque la Ley guarde silencio en este punto, es posible extender el ámbito de los beneficiarios de este patrimonio protegido también a las personas discapacitadas con anterioridad a su entrada en vigor que hubieran sido incapacitadas mediante sentencia”. ESTRENA PALOMERO, B., (Dir. Laorden J., Coord. Terreros J.L.,) (2007). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales*. (Vol. II). Madrid: Consejo general del poder judicial, p. 1000.: “basta con la existencia de resolución judicialmente incapacitadas que no hayan obtenido previamente el certificado administrativo de reconocimiento de minusvalía”. En este caso, lo

condición con efectos suspensivos con “conditio iuris”, en el caso que una persona pueda llegar a ser discapacitado en un futuro, por lo que estaríamos hablando del concepto jurídico de la autotutela¹¹⁷.

Por tanto, como se ha comentado puede ser beneficiario de un P.P., cualquier persona que tenga los requisitos mencionados en el art. 2 de la L.P.P.D.¹¹⁸, observando el precepto para ser beneficiario de un P.P., no importa la edad¹¹⁹.

más importante es el concepto de “discapacitado” antes de la promulgación de la L.P.P.D. Por lo que, cabe mencionar al autor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Tribuna) (2003). *La protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Publicación: Aranzadi Civil núm. 16. Pamplona: Aranzadi, p.1, que señala: “importa destacar que no es necesario que la persona discapacitada esté incapacitada: discapacidad e incapacitación constituyen pues dos situaciones distintas, que pueden o no coincidir en una misma persona”.

¹¹⁷ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”. Op. Cit., p. 7, expone: “Planteamos, por último, si cabe la constitución del P.P., bajo condición de que un beneficiario incurra en el futuro en causa de discapacidad. Entendemos que es posible, conforme al nuevo artículo 223 C.c., siempre bajo el expediente técnico de la condición suspensiva”.

¹¹⁸ El art. 2 de la L.P.P.D., señala: “1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será el titular. 2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual al 65 por 100. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

¹¹⁹ Por lo que, cabe señalar la S.A.P. León 28 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr Manuel García Prada) JUR 2010\107904, en su Fundamento de Derecho Cuarto: “La Ley 41/2003 recoge en su Exposición de Motivos que la finalidad que inspira dicha legislación es proteger y evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo”, en este caso como señala la sentencia es la función que ejerce la L.P.P.D., sobre la persona discapacitada e incapacitada judicialmente o discapacitada, sin importar su edad.

Por otro lado, será diferente la situación si un menor puede constituir, un P.P., como estudiaremos, pues existen dos elementos fundamentales: la importancia de la edad del menor y su capacidad de obrar.

En otro orden de cosas, el autor SEDA HERMOSÍN¹²⁰ entiende: “se plantea en primer lugar si el Notario debe autorizar la escritura de constitución de un P.P., existiendo sentencia judicial de incapacitación y no resolución judicial administrativa. Entendemos que en tal caso, el Notario debe autorizar: primero porque la ley está concebida para beneficio del discapacitado, máxime si está judicialmente incapacitado; y segundo porque en la práctica nos enseña que los incapacitados, están muy por encima del grado de discapacidad que establece como mínimo esta ley y expone el ejemplo en los casos de inteligencia límite o “border line”. Su discapacidad médico-administrativa estará casi con toda la seguridad por encima del 33% y sin embargo, raro será que un juez vaya a incapacitar judicialmente a esta persona”. Por lo que, entendemos la postura del autor pues se debería de incapacitar a la persona que tiene estas características que expone el autor por dos razones: la primera es por seguridad jurídica y la segunda es de carácter personal puesto como anteriormente habíamos expuesto si fallecen sus familiares antes que la persona incapaz estará totalmente desprotegida.

De esta forma, vemos que la L.P.P.D., no atiende a la máxima protección en las personas que estén incapacitadas judicialmente, y, al mismo tiempo sino tienen el grado de discapacidad que señala la norma, y como exponen los autores entre ellos cabe mencionar a la autora MUÑOZ

¹²⁰SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”. Op. Cit., p. 7.

ESPADA¹²¹ que aporta: “El giro radical de esta ley consiste precisamente en su incidencia en el concepto menos formalista y más realista, persona con discapacidad y no tanto en el de incapacidad judicial”. Por lo que, la autora GARCÍA PÉREZ¹²² entiende: “que el propósito del legislador es claro en este sentido: la protección que dispensa la creación de un P.P., que no depende de la incapacidad judicial del discapacitado”. Puesto que la postura que aporta la autora la entendemos, pues la L.P.P.D., no atiende que este solamente incapacidad judicial, sino además tiene que ser discapacitado con un grado de minusvalía¹²³.

¹²¹ MUÑOZ ESPADA, E., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González F. P.,) (2004). “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2 tomos) (1ª Ed.). Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, p. 3439. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 123, señala: “La regulación del patrimonio protegido gira en torno al concepto de discapacidad, es más, parece que la intención del legislador es desvincular ambas nociones, discapacidad e incapacidad, como si no existiese punto de conexión”. Por otra parte, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 126, al manifestar: “Un sector doctrinal admite que un procedimiento judicial de incapacidad pueda constatar esta situación de minusvalía a los efectos de poder constituir un patrimonio protegido. No comparto esta idea, pues la finalidad de un procedimiento judicial de incapacidad no es la de valorar grados de minusvalía de un sujeto”, que a su vez se impide crear el P.P., opinión que es real, pero que no compartimos pues el legislador habría de haber incluido en la L.P.P.D., al incapacidad judicial, aunque no hubiera estado discapacitado, pues indirectamente puede tener un grado de minusvalía, aunque por razones de índole familiar, o personal en este último caso por no tener familia, y estar en principio como no incapacidad (aunque legalmente tenga la facultad de obrar) no tiene éste capacidad de obrar convirtiéndose en una dificultad de decisión, por lo que entendemos que está desprotegido.

¹²² GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit, p. 123.

¹²³ Art. 2º. 2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual al 65 por 100”.

Por otra parte, la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹²⁴ señala de manera que: “las personas discapacitadas” (pudiendo ser, a su vez, en éste último caso, incapacitados - por resolución judicial total o parcial). Conviene subrayar la concurrencia del grado de minusvalía”. En este último caso, tendría la necesidad de estar sometido a la figura del tutor porque no tendría la capacidad plena, y sí tiene capacidad parcial sería la figura del curador, pero como se pronuncia la autora sería necesaria la acreditación del certificado de minusvalía.

Por otra parte, el autor SEDA HERMOSÍN¹²⁵ señala: “otra cuestión que se plantea es si el Notario debe autorizar la escritura de constitución de un P.P., cuando el discapacitado aporta certificación administrativa de discapacidad, pero a juicio del Fedatario, el discapacitado presenta una capacidad de obrar superior a la que acredita documentalmente (por ejemplo, porque la certificación administrativa es antigua y el discapacitado ha recuperado buena parte de su capacidad). Por lo que, entiende que el Notario tiene derecho a pedir que se le revise su situación y que se emita, en su caso, una nueva certificación administrativa sobre el grado de discapacidad actual”. En este caso, entendemos que el Notario está facultado para pedir otra evaluación de la persona discapacitada, puesto que con el transcurso del tiempo la persona recobró la capacidad, tanto física, sensorial, o psíquica.

¹²⁴CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 88.

¹²⁵SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”. Op. Cit., pps.7-8.

8.2. *La existencia de distintos beneficiarios en el patrimonio protegido*

Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN¹²⁶ se cuestiona: “la duda acerca si un P.P., puede tener más de un destinatario”. Ante esta duda un sector doctrinal entre ellos cabe citar al autor CUADRADO IGLESIAS¹²⁷ que está a favor de un sólo P.P., al sostener: “cada persona con discapacidad, podrá tener un solo P.P., añadiendo además, no puede existir una titularidad plural, ya que no puede constituirse el P.P., para favorecer a un conjunto de personas”, entendiéndose una pluralidad de personas con discapacidad.

Por otra parte, existe otro sector de la doctrina entre ellos cabe citar al autor SEDA HERMOSÍN¹²⁸ aunque está a favor de la individualización del

¹²⁶SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”. Op. Cit., p. 8.

¹²⁷CUADRADO IGLESIAS, M., (Coords. González Porrás, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo) (1ª Ed.). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, p.1138. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 122, es más explícita al señalar: “a diferencia del Borrador Aequitas que contemplaba la posibilidad de constituir un mismo patrimonio que tuviera por titulares varios hermanos discapacitados, la Ley 41/2003 no prevé la titularidad plural a favor de dos o más miembros discapacitados de una misma familia”.

¹²⁸ Al respecto, SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”. Op. Cit., p. 8, se pregunta: “¿Podemos también plantear si una misma persona discapacitada puede ser titular de más de un patrimonio protegido?. Entendemos que sí, puesto que la ley no lo prohíbe, por lo que puede haber tantos PP como constituyentes”. ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 988.: “En las redacciones anteriores al texto aprobado se señalaba la posibilidad de que se constituyera un solo patrimonio protegido que

P.P.: “puesto que la ley lo excluye, (pluralidad de beneficiarios en P.P.) el autor admite la pluralidad de patrimonios por parte de una persona discapacitada”.

Por otro lado, está la postura de la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹²⁹ que entiende: “la Ley 41/2003 no contempla la posibilidad de constitución de un patrimonio protegido de titularidad plural, así como tampoco la de diversos patrimonios protegidos (P.P.S.) a favor de un mismo beneficiario”, ante esta última postura de la autora discrepamos puesto que admitimos que sí se pueden crear diversos P.P., a favor de una persona discapacitada, lo comprenderán diversos constituyentes y sus respectivas aportaciones que crearán estos P.P.S., puesto que si son de gasto y no ahorro, no generarán la protección que establece la L.P.P.D., para la persona discapacitada.

Por lo que, ciertos autores son muy críticos con la L.P.P.D., pues entienden que se hubiera permitido el legislador constituir un P.P., para varias personas discapacitadas, con ciertas reticencias entre ellos cabe citar a la autora BERROCAL¹³⁰ que entiende: “resulta criticable que la L.P.P.D.,

beneficiara conjuntamente a hermanos afectados que reunieran los requisitos para ser beneficiarios del patrimonio protegido. En la redacción final no se recoge esta posibilidad. No hay problema, sin embargo, en la posibilidad de varios patrimonios protegidos a favor de una sola persona con discapacidad, menciona las causas, bien porque cubran diferentes gastos, bien porque lo dispongan los constituyentes”.

¹²⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 90.

¹³⁰BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p.14. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., p. 41, que entiende: “La Ley ha perdido una buena ocasión para aprovechar las sinergias legales y económicas en aras de la efectiva asistencia de los familiares estrechamente vinculados”, y especificando los antecedentes de la crítica la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 122.: “pese a haber sido una de las observaciones formuladas por el Consejo Económico y Social en su Dictamen de 26 de marzo de 2003

no haya previsto la posibilidad de constituir un P.P., a favor de dos o más miembros discapacitados de una familia (por ejemplo dos hermanos), pues salvo que se trate de familias con gran poder económico, difícilmente se van a poder constituir varios P.P.S., con sus aportaciones respectivas; y en ambos casos, es necesario procurar los medios para la satisfacción de las necesidades vitales de cualquiera de los miembros de una familia, discapacitados”.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que en la L.P.P.D., existe un vacío de expresión por parte del legislador en la forma de su redacción que menciona en el art. 2 .1º de la L.P.P.D.:“exclusivamente”, refiriéndose a la persona que pueda ser beneficiario con la condición de discapacitado. Por lo que, entendemos que no se puede constituir un patrimonio para dos o más discapacitados¹³¹, puesto que vemos un punto inflexible de desigualdad como el ejemplo en el caso de dos hermanos, con dificultades económicas a la hora de constituir para estos un P.P.

Nuestra conclusión ante lo expuesto, podemos analizar que si se pueden crear varios P.P.S., respecto un beneficiario, pues la L.P.P.D., no prohíbe tal figura jurídica.

que dispone: “En relación con el beneficiario del patrimonio protegido, la opinión del CES es que el Anteproyecto debería haber considerado la situación familiar en la que dos o más hijos sean personas con discapacidad, y la posibilidad de instrumentar en este caso un solo patrimonio protegido común e indiviso en beneficio de todos ellos. Dicho presupuesto debería preverse igualmente en la norma tributaria”.

¹³¹ Como lo expone la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 87.: “El beneficiario de este patrimonio es, exclusivamente, aquél en que cuyo interés se constituya, que será su titular, es decir, la persona con discapacidad”.

Por otra parte, atendiendo al autor GALLEGO DOMÍNGUEZ¹³² que aporta: “La Ley contempla, la posibilidad de que una misma persona tenga tan sólo un P.P., lo que evita la pluralidad de P.P.S., sujetos a normas de vida parcialmente diferentes”. Para nosotros la expresión del autor demuestra que el P.P., es un patrimonio autónomo respecto a los demás patrimonios existentes, respecto a sus Derechos y Obligaciones de su titular- beneficiario.

8.3. Las personas mayores discapacitadas beneficiarias en el patrimonio protegido

La L.P.P.D., no incide en ningún momento en el concepto como beneficiarias a las personas mayores, pero si en su (E.M.I) al señalar el concepto de “enfermedad de alzhéimer”¹³³, pues es una enfermedad es muy acuciante en nuestra actualidad y que desemboca en una enfermedad degenerativa, pudiendo crearse un P.P., a favor de las personas mayores que generalmente padecen esta enfermedad.

¹³² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 128.

¹³³ Al respecto, los autores son críticos con la L.P.P.D., CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 89.: “Sin perjuicio de insistir en esta cuestión esencial, me permito en anticipar que con ello resulta frustrada una de las finalidades pretendidas por la Ley 41/2003, como es la de proteger a personas que ya han alcanzado cierta edad, a la que también se refiere en la Exposición de Motivos al mencionar las “nuevas formas de discapacidad como la lesiones cerebrales y medulares por accidente de tráfico, enfermedad de alzhéimer y otras”. BOLÁS, J., (Dir. Laorden J., Coord. Terreros J. L.,) (2007). “Comentarios a la exposición de motivos”, en AA.VV., *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales*. (Vol.II). Madrid: Consejo general del poder judicial, p. 967.: “No obstante, la ley debería haber sido más sensible con la tercera edad, pues la constitución del patrimonio protegido puede ser un mecanismo de gran utilidad para asegurar la subsistencia de nuestros mayores, cuando los familiares no pueden atenderlos directamente”.

Esta enfermedad de alzhéimer, como la demencia senil precoz, provoca la pérdida de la capacidad de obrar, llegando a extremos de las pérdidas de la capacidad cognoscitiva y volitiva, sus efectos son irreversibles, con efectos progresivos y por tanto no son necesarias a nuestro entender acreditar un grado de minusvalía, solo sería necesario un informe médico con el reconocimiento para estas enfermedades, mediante fe notarial.

Por tanto, podrían quedar fuera de la aplicación de la norma las personas que no tienen una incapacidad judicial y además no tienen un grado de minusvalía, atendiendo a las personas que padecen esta enfermedad de alzhéimer, o, en su caso demencia senil, como puntualiza la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹³⁴: “ quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma, y en consecuencia no pueden ser beneficiarios de la misma) las personas discapacitadas mayores de edad no incapacitadas judicialmente y que carezcan de “suficiente juicio” (así por ejemplo personas mayores con enfermedad de Alzheimer o demencia senil, o alguna clase de discapacidad psíquica), en la medida en que carecen de padres, tutores o curadores”.

Nuestra conclusión, sobre la L.P.P.D.,¹³⁵ hubiera podido proteger más a las personas beneficiarias mayores con esta discapacidad e incluso las

¹³⁴CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 89. Por lo que, el autor BOLÁS, J., “Comentarios a la exposición de motivos”. Op. Cit., p. 967, expresa la desprotección sobre las personas mayores en la L.P.P.D.: “Tal como se ha configurado el sistema, los mayores sólo pueden ser beneficiarios cuando estén afectados por los grados de minusvalía que establece el artículo 2º, a saber un mínimo de 33% de minusvalía psíquica o un mínimo del 65% de minusvalía física o sensorial”.

¹³⁵Por lo que, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 89, entiende: “Esta relevante omisión, inadvertida durante la tramitación parlamentaria de la norma, podría haberse subsanado sí, por ejemplo entre otras varias consideraciones,

personas que aun no siendo mayores padecen demencia senil precoz, si se hubieran nombrado tutores o curadores a los padres o nietos.

cuando en el artículo 3.1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se enumeran las personas que pueden constituir un patrimonio protegido, además de propio discapacitado, padres, tutores y curadores, se hubiera mencionado también los hijos y a los nietos del beneficiario”.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FINALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA FINALIDAD DE PATRIMONIO PROTEGIDO: CONSIDERACIONES GENERALES.- 1.2. El objeto de la Ley del Patrimonio Protegido.- 1.3. La satisfacción las necesidades vitales en las personas con discapacidad en el patrimonio protegido.- 1.4. Los medios económicos en el Patrimonio Protegido.- 1.5. El régimen jurídico del patrimonio protegido.-2. LAS CARACTERISTICAS DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.-2.1. La Ley de Patrimonio Protegido su creación mediante la Ley.-2.2. El patrimonio protegido puede ser un patrimonio de destino.- El régimen de administración y gestión.- 3. LA NUEVA INSTITUCIÓN DE AUTOTUTELA.-3.1. Las características de la institución.-3.2. La función de la autotutela.- 4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 4. 1. El Patrimonio protegido es considerado un patrimonio.- 4.2. El Patrimonio protegido es separado o de destino.- 4.3. Las ideas doctrinales en relación a la naturaleza jurídica del patrimonio protegido.- 5. LA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 5.1. La responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 C.c., y sus efectos en el patrimonio protegido.- 5.2. La responsabilidad solidaria entre el patrimonio personal y el patrimonio protegido.- 5.3. La responsabilidad subsidiaria entre el patrimonio protegido y el patrimonio principal.- 5.4. La incomunicación de las deudas entre ambos patrimonios.- 6. EL TRUST COMO ALTERNATIVA AL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 6.1. Las diferencias y semejanzas del Trust con el Patrimonio Protegido

1. INTRODUCCIÓN

El P.P., es una nueva forma de patrimonio que surge a partir del año 2003, creándose un debate sobre su naturaleza jurídica si realmente es un patrimonio separado o bien sí es un patrimonio de destino.

Ante todo debemos considerar al P.P., que es un patrimonio autónomo, por entender desde un principio que este patrimonio tiene una finalidad, atender a las necesidades vitales de la persona discapacitada. Por lo que, debemos de hacer unas cuantas observaciones sobre el patrimonio autónomo: 1º no existe un término específico de concepto para denominar los patrimonios que en la actualidad existen en nuestro Ordenamiento Jurídico, y 2º si bien podemos conceptualarlo como patrimonio de destino¹³⁶ para satisfacer las necesidades de las personas discapacitadas¹³⁷, aunque

¹³⁶ Como menciona el autor RIVERO HERNÁNDEZ, F., (2006). *Los patrimonios autónomos ¿Hacia una categoría general?. Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Madrid: La Ley, pps. 625 y s.s., señala que: “el patrimonio autónomo nace para un fin”.

¹³⁷ Al respecto, la doctrina entiende sobre el P.P., que atiende a un fin, como aportan los autores BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 3.: “El patrimonio protegido nos ofrece el legislador, para garantizar tanto al discapacitado como a sus familiares, la existencia de medios económicos para la satisfacción de las futuras necesidades de aquél”. DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO M^a. T., (Coord. Díaz Alabart) (2004). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en AA.VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Ibermutuamur, p. 91.: “el beneficio o interés del discapacitado, presente en todo momento, como interés que predomina frente a otros considerados de menor entidad”. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 121.: “La Ley 41/2003, se encuentra específicamente destinada a satisfacer las necesidades vitales, que se delimitan a su destino”.

entendemos que es un patrimonio separado¹³⁸ el P.P., si bien tiene sus propias particularidades como aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹³⁹:

¹³⁸ Al respecto, en la doctrina germana el autor VON THUR, A., (1925). *Parte General del Derecho Civil*, traducido por Roces, W., Madrid: Librería General de Victorio Suarez, p. 63, diferenciaba el patrimonio separado del patrimonio principal de la siguiente forma: “Por virtud de disposiciones legales (no por virtud unilateral o por convenio de su titular) (entendiéndose por medio de la Ley), puede una porción del patrimonio constituirse en una posición jurídica aparte: El patrimonio especial. Esta posición jurídica aparte puede consistir en hallarse sujetos los bienes a un derecho de administración especial (como la masa del concurso por ejemplo) o, por el contrario, libre del que pesa sobre el patrimonio principal, (como los bienes reservados de la mujer). En la mayor parte de los casos, existe una responsabilidad aparte, puede haber deudas de las que responda el patrimonio principal, pero no el separado (v. gr., como ciertas deudas del deudor común), y viceversa, deudas de que sólo responda este patrimonio (v. gr., algunas deudas de la mujer casada). Las adquisiciones en el patrimonio pueden corresponder, con arreglo a determinados principios, al patrimonio principal o al patrimonio separado. Ordinariamente rige la llamada subrogación: lo adquirido con medios del patrimonio especial forma parte de éste”. Más concretamente en la doctrina italiana el autor PINO, A., (1950). *Il patrimonio separato*. Padova: Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell’università di Padova - Cedam, pps.116-119, 96, definía el patrimonio separado: “è un complesso di diritti soggettivi (e di beni) destinato ad assolvere una determinata funzione, prima di quella genérica. La destinazione ad assolvere una determinata funzione, è un risultato che, se essato, può costituire la chiave per risolvere diversi problema quali, ad esempio: Il problema dei limiti del patrimonio separato. Il problema dell’impiego e reimpiego dei beni di un patrimonio separato. Il problema delle controversie giuridiziere che possono intercorrere tra chi amministra il patrimonio separado e il titolare di questo. Il patrimonio separado si diferencia dal rimanente patrimonio in quanto il primo assolvere una funzione particolare a diferenza del segundo: mancando tale particolarità manca la separazione, y ponía por ejemplo el vinculo dotale, lo scioglimento del matrimonio fa cadere il vincolo dotale, appunto perchè la massa patrimoniale costituita in dote non può più assolvere la sua funzione; e per lo stesso motivo non essere costituito il vincolo dotales enza referimento ad un determinato matrimonio; e cessa”.

¹³⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 89, con la siguiente postura: “Pues a diferencia de lo que sucede con carácter general en la señalada variedad patrimonial, el patrimonio especialmente protegido pasa a integrar el sustrato patrimonial del beneficiario que responderá del cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona con discapacidad, en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el artículo 1911 C.c. Para que ello no fuera así debería haberse modificado el contenido del precepto citado, incorporándose una limitación legal de la responsabilidad, a fin de preservar al patrimonio protegido de responder de cualquier deuda generada al margen de la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario (cfr. Art 5.4 de la Ley 41/2003) finalidad ésta determinante de su constitución.

“en los caracteres del P.P., como patrimonio separado si bien de naturaleza peculiar”, diferenciándose respecto a los patrimonios personales.

Por tanto, atendiendo a que la característica del P.P., que es un patrimonio autónomo, por tanto entendemos por patrimonio autónomo aquel que tiene unas circunstancias especiales, por lo que es diferente al patrimonio personal, como entiende el autor DE LEMUS¹⁴⁰: “son factores limitadores o elementos necesarios para que nazcan los patrimonios autónomos:

a) El primer elemento es el conjunto de deudas que afecta al patrimonio, con lo cual existirá un patrimonio autónomo por lo cual el legislador, entiende que éste conjunto de bienes es separado al patrimonio personal.

b) El segundo elemento es la situación de determinadas masas de bienes.

c) El tercer elemento es dotándole de cierta autonomía, lo que se le imputa en las relaciones jurídicas atribuidas a un patrimonio y no al otro u otros patrimonios”.

Pero ello no ha sucedido, de manera que el patrimonio del discapacitado generado al amparo de la Ley 41/2003 no puede sustraerse del principio general del ex artículo 1911 C.c. A pesar de lo cual el legislador en repetidas ocasiones se encarga destacar la configuración de la masa patrimonial integrante del patrimonio protegido como base patrimonial integrante del patrimonio protegido como base patrimonial diferenciada de un eventual patrimonio personal del discapacitado, pues aquél se constituyó con una finalidad específica (atender a las necesidades vitales de su titular, ex arts.1.1 y 5.4 de la Ley 41/2003), determinante de su sometimiento al ámbito de aplicación de la norma, en tanto que éste último puede no concurrir con otro o coexistir con él, bien por existir anticipadamente al mismo o haberse formado en un momento posterior”.

¹⁴⁰MEDINA DE LEMUS, M., (Coords. Rams Albesa, J., y Moreno Flórez, R. M.,) (2001). “Comentarios al Código Civil III”, en AA.VV., *Libro Segundo (Títulos I a VIII)*. Barcelona: Bosch, p. 31.

Por tanto, debemos atender primeramente al elemento de las deudas del patrimonio autónomo, debiendo dejar bien claro que existe el principio de seguridad jurídica en nuestro Ordenamiento Jurídico, con referencia a la separación de las deudas, en las responsabilidades de los patrimonios¹⁴¹, y al mismo tiempo responde el titular por las deudas que tiene¹⁴².

Por lo que, el art. 1911 C.c., es el único artículo que puede responder de las masas patrimoniales¹⁴³, pero como describimos anteriormente ha surgido en el Siglo XXI el P.P., pudiendo implicar que este patrimonio de la persona con discapacidad, las deudas sean superiores a los bienes y derechos que existen en el P.P., y no se cumplan las funciones que tiene atribuidas el patrimonio afecto, esto implica que los acreedores puedan ir contra todos los patrimonios, pues sería una forma de perjudicar a la persona discapacitada, debiéndose tomar medidas para que esto no suceda.

Por tanto, el P.P., como patrimonio autónomo y separado del patrimonio principal, necesitará una protección frente a terceras personas, pues cabe citar como medida de protección el art. 8.2º.1º párr., de la L.P.P.D., que señala: “Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con

¹⁴¹ Como lo expresa en el Derecho italiano, el autor FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*. Op. Cit., p. 873: “Ecezionalmente può aversi una responsabilità limitata, se la legge limita l’azione dei creditori ad un certo nucleo di beni che forma nelle mani del debitore un patrimonio separato entro il suo patrimonio”.

¹⁴² Al respecto, el autor FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*. Op. Cit., p. 878, entiende: “Patrimonio separato è quel patrimonio che ha propri debiti, in cui si localizzano le obbligazioni e responsabilità che da esso nascono, e che no risente gli effetti di obblighi diversi del soggetto del patrimonio”.

¹⁴³ Al respecto, el autor PUIG BRUTAU, J., (1988). *Fundamentos de Derecho Civil*. (I tomo) (Vol. II) (4ª Ed.). Barcelona: Bosch, p. 17, afirma: “responde todo el patrimonio del obligado (art. 1911 C.c.)”.

discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad se hará constar su inscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal”. Por tanto, implica para nosotros que la constitución del P.P., tiene su seguridad jurídica por medio de una escritura y una publicidad registral, para dar conocimiento de su situación jurídica frente a terceros,¹⁴⁴ con la delimitación del activo y el pasivo constituyendo la responsabilidad de las deudas, limitando su responsabilidad y el fin del patrimonio.

Por lo que, este tipo de patrimonios lo más importante es la unidad que tienen respecto al fin o destino que se les da¹⁴⁵, de esta forma el patrimonio separado tiene un destino de la masa separada, por lo que tiene una autonomía diferente.

Por tanto, al ser un patrimonio autónomo tendrá una gestión y administración diferente, por lo que se atiende a la conservación del

¹⁴⁴ Al respecto, los autores GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., (2000). *Lecciones de derecho hipotecario*. Madrid: Marcial Pons, p. 57, entienden: “La expresión “título” se utilizar en una doble acepción: 1.º En el sentido material, es decir, como causa o fundamento jurídico de la adquisición, modificación, transmisión o extinción de un derecho. Ponen como ejemplo: el artículo 2 L.H.: el contrato de compraventa, el contrato de hipoteca. Solo pueden acceder al Registro mediante su constancia documental, la expresión “título”. 2.º Título formal, es decir, en el sentido de documento en el que consta la existencia de un determinado título público. En este sentido, título formal es, por ejemplo, la escritura pública”.

¹⁴⁵ Como aporta el autor RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los patrimonios autónomos*. Op. Cit., p. 608. : “el fin o destino constituye, así, de una u otra forma, con distinto alcance según casos y patrimonios, un criterio determinante de autonomía de constante referencia, y de su papel es tan relevante que aconseja o impone una interpretación y aplicación finalista, de las normas correspondientes para dilucidar esa cuestión”.

patrimonio¹⁴⁶, en los nuevos patrimonios no sólo es necesario la conservación, sino que tengan la cualidad de ser fructíferos, y estén constituidos por el administrador o administradores, y no expresamente nombrados por vía judicial, pero sí con unas leyes¹⁴⁷ que regulan, y al mismo tiempo van a ser estrictamente rígidas en su cometido en la administración y responsabilidad para no perjudicar al patrimonio, concretamente a la persona con discapacidad en el caso del P.P.

2. LA FINALIDAD DE PATRIMONIO PROTEGIDO: CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 1.1º de la L.P.P.D., señala: “El objeto de esta Ley es favorable la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”.

¹⁴⁶ Al respecto, el autor BIONDO BIONDI., (1961). *Los bienes*. Traducción de la segunda edición italiana Revisada y ampliada por De la Esperanza Martínez-Radío A. Barcelona: Bosch. Casa del libro, p.187, aporta: “en tales casos falta un sujeto pero lo habrá; y la autonomía, en cuanto mira a proveer a la conservación y la administración del patrimonio”.

¹⁴⁷ Por lo que, el autor BIONDO BIONDI. *Los bienes*. Op. Cit., p. 187, entiende: “la autonomía reconocida por ley, en cuanto mira a proveer, la administración del patrimonio”.

Por tanto, la creación del P.P., como aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹⁴⁸: “persigue la finalidad exclusivamente, en aquél en cuyo interés se constituya (el beneficiario), que será su titular, es decir la persona con discapacidad afectada por determinados grados de minusvalía, y su vinculación a las necesidades vitales de su titular”.

Por otro lado, es de constatar en su E. M., de la L.P.P.D., se crea ante la supervivencia de las personas discapacitadas a sus progenitores y la adecuación al medio de vida, para sus necesidades¹⁴⁹. A esto hay que señalar el cambio en el Derecho civil tras la promulgación de la norma, pues cabe también señalar el cambio estructural de la familia, y la consideración del principio de autonomía de la voluntad de la persona discapacitada¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 87 - 90.

¹⁴⁹ Al respecto, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op Cit., p. 80, expone: “Sin lugar a dudas, uno de los aspectos que más repercusión tiene en el bienestar de las personas discapacitadas es la adecuada organización de recursos económicos que las mismas pueden tener a su disposición a fin de afrontar dignamente las necesidades derivadas de su específica situación. Y en esta finalidad la norma analizada se manifiesta ambiciosa”

¹⁵⁰ Al respecto, los autores aportan CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 81.: “Así, en principio, considero muy positiva la opción de promover la formación de recursos a favor del discapacitado, cuya preferencia resulta destacada, habida cuenta de la multiplicidad de circunstancias posibles de discapacidad, determinantes de otras tantas situaciones de dependencia alguna de las cuales podría quedar fuera del ámbito protector de la asistencia pública”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Op. Cit., p. 135.: “El planteamiento legal es que la discapacidad provoca en la persona afectada de una afectación de naturaleza física o sensorial (distinta es la afectación de en el caso de discapacidad psíquica) y ello conlleva dos consecuencias: la primera es el aumento de gastos no afectada (adaptación de la vivienda, aparatos, que faciliten la movilidad), y la segunda es la merma de ingresos porque con gran frecuencia la discapacidad elimina la aptitud laboral, o en el mejor de los casos la dificulta”. El autor intenta diferenciar entre los dos tipos de discapacidades la primera la física o sensorial, aunque en la actualidad,

Por lo que, los fundamentos de la creación del P.P., como aporta el autor LEÑA FERNANDEZ¹⁵¹ : “ el primer motivo es “el resultado que son muchísimos los discapacitados psíquicos que no se incapacitan, pese al esfuerzo que los profesionales del derecho venimos realizando en la materia, y ello porque los padres y familiares se niegan a someterlos al sufrimiento que supondría”, evitándose acudir a un procedimiento de incapacidad, y el segundo motivo como afirma el autor, “es la necesidad que tienen los padres por la preocupación de la situación, presente como futura de la persona discapacitada”¹⁵² .

Nuestra conclusión, al respecto entendemos que la finalidad del P.P., es la protección de las personas con discapacidad en los momentos actuales. Por tanto se debe deslindar, si el P.P., asume sus propias deudas, entonces creemos que aumentarían los P.PS.

este tipo de discapacidad, puede repercutir en más gastos, que la discapacidad psíquica que puede afectar según sus grados o formas.

¹⁵¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., (Coord. Serrano García, I.) (2003). “Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos”, en AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 261. Por lo que, el autor BOLÁS ALFONSO, J., “Inauguración del seminario”. Op. Cit., p. 22, entiende al discapacitado que no está incapacitado judicialmente: “se encuentra protegido únicamente por sus padres, parientes o familiares, que de buena fe, pero claramente equivocados, no promueven la incapacitación por considerarla algo “vergonzosa” y por entender que un no discapacitado ésta mejor integrado en la sociedad que un discapacitado”.

¹⁵² En este sentido, el mismo autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos”. Op. Cit., p. 258, entiende: “Lo normal, que conocemos diariamente los Notarios en nuestros despachos, es la existencia de padres responsables, preocupados por la situación, tanto presente como futura, de sus hijos disminuidos, que los tratan amorosamente y que no hurtan ningún tipo de sacrificio que pueda beneficiarles”.

2.1. El objeto de la Ley del Patrimonio Protegido

El art. 1.1º de la L.P.P.D., señala: “El objeto de esta Ley es favorable la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”¹⁵³. Por tanto, este artículo está unido con la (E. M. II) de la L.P.P.D., que señala: “De esta forma el objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediatamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad”, por lo que el contenido de la (E. M. II) y su art. 1.1 de la L.P.P.D., nos da a entender que su proyección hacia la persona discapacitada en la creación del P.P., el primer elemento es

¹⁵³Al respecto, los autores entienden GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 119, al exponer: “aquel conjunto de bienes y derechos de titularidad del discapacitado, ya que su origen en atribuciones a título gratuito de terceros, ya en especial afección de bienes preexistentes del discapacitado, que queda, así como frutos, especialmente destinados a la atención de las necesidades vitales de su titular, para el cual la Ley articula un régimen específico de administración”. ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 992.: “Este artículo debe ser estudiado con el apoyo en el número II de la Exposición de Motivos de la Ley. Se observa claramente que la Ley plasma la preocupación por que las personas con discapacidad dispongan de medios económicos suficientes para poder cubrir sus necesidades de vida. Es decir, el patrimonio protegido se constituye para asegurar el pago de los gastos de la persona con discapacidad”.

la supervivencia de la persona discapacitada a sus familiares, y el segundo elemento es la satisfacción de sus necesidades cuando no estén estas personas. Al respecto, el autor BOLÁS¹⁵⁴ define: “el fin de la Ley en la creación del patrimonio, como masa de bienes, quedan afecto exclusivamente a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular, beneficiario”. Por tanto, se demuestra en la L.P.P.D., que el beneficiario-discapacitado, puede ser tanto físico, sensorial como incapacitado judicial. Por lo que, cabe señalar que la creación del P.P., tiene la cualidad de que su beneficiario sea una persona con un grado de minusvalía, que señala la propia L.P.P.D.¹⁵⁵

Por tanto, el concepto de “patrimonio especialmente protegido” como argumenta el autor BOLÁS¹⁵⁶ es: “uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender sus específicas necesidades vitales. Pero esta asistencia económica no debe hacerse sólo a cargo del Estado o de la familia sino a cargo del propio patrimonio del discapaz. De ahí que la finalidad de la ley sea la de favorecer la protección patrimonial de las personas”. Por tanto, el autor entiende que existen otras figuras jurídicas de protección, entre otras el P.P., que es la figura jurídica más eficaz, por ser más autónoma que las

¹⁵⁴ BOLÁS, J., “Comentarios a la exposición de motivos”. Op. Cit., p. 976.

¹⁵⁵ Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 87, expone: “El beneficiario de este patrimonio es, exclusivamente, aquél en cuyo interés se constituya, que será su titular, es decir, la persona con discapacidad afectada por determinados grados de minusvalía”. Por lo que, tenemos que citar el art 2.2 de la L.P.P.D., que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

¹⁵⁶ BOLÁS, J., “Comentarios a la exposición de motivos”. Op. Cit., p. 956.

otras. Esta figura jurídica que estamos estudiando el P.P., conlleva en su naturaleza jurídica intrínseca un patrimonio separado, distinto del patrimonio general.

En la figura jurídica del P.P., como señala la autora CASTILLO MARTINEZ¹⁵⁷: “esta afección patrimonial, ya declarada en el artículo 1.1º de la Ley, se recoge en el artículo 5.4 de la norma, por cuya virtud “todos los bienes y derechos que integren el P.P., así como los frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del P.P. En todo caso no existe ningún impedimento para que los bienes y derechos que conforman el P.P., puedan reemplazarse por otros, evidentemente con sujeción al mismo régimen jurídico”.

Nuestra conclusión sobre los bienes y derechos que enuncia el legislador, no corresponde a la conceptualización clásica, sino que entran todas clases de derechos tanto materiales como inmateriales. Con la exclusión de los derechos de carácter personalísimos, aunque su lesión produzca una indemnización por los daños causados.

Por otra parte, como apuntaba la autora estos bienes y derechos van encaminados a las necesidades de la persona discapacitada, para que la persona discapacitada sea atendida en sus necesidades vitales, como la productividad de sus bienes, rendimiento de sus frutos, productos o

¹⁵⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 90. Por otra parte, es crítica la postura de la autora MUÑOZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 3438, pues sostiene: “Planteará un buen número de problemas la exigencia del legislador del destino de los bienes y derechos integrantes de este patrimonio sólo a la satisfacción de las “necesidades vitales” de su beneficiario (art.5.4 de la L.P.P.D.), su genérica indeterminación y la relación de determinadas actividades no imprescindibles pero que redundan en el bienestar de la persona hacen de esta consideración una premisa condicionada”.

derechos. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁵⁸, enumera los mismos principios de la autora, “pero recuerda que también deben de tenerse en cuenta las aportaciones de terceros y los bienes del propio discapacitado”.

Por otro lado, el autor CUADRADO IGLESIAS¹⁵⁹ trata de diferenciar los conceptos “productividad” con “rendimientos”, pues este último lo estima más conveniente, por lo que sostiene: “en último precepto (artículo 5.4 de la L.P.P.D.), al utilizar la conjunción o señala, como destinos alternativos la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, o el mantenimiento de la productividad de la masa patrimonial. Sin embargo, no tiene sentido que dicho patrimonio tenga como finalidad el mantenimiento de su productividad, pues su único propósito es satisfacer las necesidades vitales del beneficiario, para lo cual, naturalmente, debe procurarse el rendimiento de los bienes que la integran”. Por lo tanto, como es de notar que estos bienes y derechos están creados para la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad y no para otro uso, por lo que sí se destinarán a ocio perderían este principio que enuncia la L.P.P.D. Al respecto, cabe decir que es necesaria la separación del P.P., pues debe tener las deudas separadas, es decir un sistema propio de responsabilidad patrimonial, diferente del patrimonio principal.

¹⁵⁸Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 119, sostiene: “El patrimonio especialmente protegido del discapacitado puede conceptuarse como aquel conjunto de bienes y derechos de titularidad del discapacitado, ya tenga su origen en atribuciones a título gratuito por terceros, ya una especial afección de bienes preexistentes del discapacitado, que queda, así como frutos, especialmente destinado a la atención de las necesidades vitales de su titular para lo cual la Ley articula un específico régimen de administración”.

¹⁵⁹CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1136.

2.2. *La satisfacción de las necesidades vitales en las personas con discapacidad en el patrimonio protegido*

El P.P., su destino es la satisfacción de todas las necesidades vitales de la persona discapacitada, como señala la autora CASTILLO MARTINEZ¹⁶⁰: “en principio su vinculación a las necesidades vitales”, consideradas como un conjunto de necesidades para la persona discapacitada, y como expone el autor CUADRADO IGLESIAS¹⁶¹: “dichas necesidades vitales se delimitará para cada caso en particular, si bien por analogía con el artículo 142 C.c., podemos señalar como tales, en principio el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como la educación e instrucción de la persona discapacitada, si su deficiencia lo permite”.

Otros autores, como MORETÓN SANZ¹⁶² sostiene: “su finalidad última es garantizar la asistencia y la atención especializada, presente y futura, que requieran, incluso cuando vivan sus progenitores, por lo que son medidas que tienden a afectar ciertos medios económicos de iniciativa privada a la satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad y, por extensión a su familia”, indicando la autora que indirectamente la familia puede ser beneficiaria del P.P., por nuestra parte no estamos de

¹⁶⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 90.

¹⁶¹ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1136.

¹⁶² MORETÓN SANZ, M. F., *Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal*. Op. Cit., p. 77.

acuerdo con la autora, puesto que entendemos que el único beneficiario será la persona con discapacidad.

Por otra parte, entendemos que una persona puede tener necesidad, en gastar en viajes y todo lo que comprende al ocio, por lo que existe una diferencia en el concepto del P.P., ya que éste está integrado en una masa patrimonial en atención a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, por lo que es un patrimonio separado, por tanto responderá éste de sus propias deudas, por lo que deberíamos limitarlo a las necesidades propias de la persona con discapacidad. Con todo esto no queremos cercenar las vacaciones de las personas con discapacidad, sino que el P.P., debe de crearse para la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad. De lo contrario no sería un P.P., pues no serviría para este fin, que es la satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad.

Por otra parte, la autora ESTRENA PALOMERO¹⁶³: “critica la nueva L.P.P.D., al no hacer referencia en el P.P., pues entraría como una alternativa más para las personas que sufren enfermedades como vejez prematura o Alzheimer”, como en su momento lo habíamos expuesto. Puesto, que para nosotros el concepto de “dependiente” hubiera sido un

¹⁶³Al respecto, ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 989, expone : “Es una pena que, al regularse la atención a la dependencia tanto de las personas con discapacidad como de las personas mayores que no pueden llevar a cabo los actos de la vida diaria de forma autónoma, en la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, de 14 de diciembre de 2006 (B.O.E. del 15), no se haya hecho referencia al patrimonio protegido de las personas mayores, según solución presentada por Blanca Clavijo Juaneda, Presidenta de AFAL, Asociación que atiende a las personas enfermas de Alzheimer y a sus familiares. Comentado igual que aportamos a un Fondo de Pensiones, podríamos crear nuestro patrimonio protegido para asegurarnos la atención para cuando seamos dependientes o lo sean nuestro seres queridos”.

elemento más de nuestra actualidad, pues en este concepto se integran también las personas con discapacidad, lo cual habría de haberse integrado en la prestación social que conlleva L.A.A.D., en el P.P., creando de esta forma menos cargas para la Administración del Estado, y las Administraciones de las C.C.A.A.

2.3. Los medios económicos en el Patrimonio Protegido

Como es normal en el P.P., su existencia es para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad, tanto en un futuro, como en un presente¹⁶⁴.

Por otra parte, el patrimonio puede sufrir ingresos y gastos¹⁶⁵. Al respecto, la autora FUENSETECA¹⁶⁶ aporta: “el legislador parece pretender

¹⁶⁴ Al respecto, la doctrina entiende, entre los autores NOGUERA NEBOT, T., (Dir. Lasarte. C.,) (2005). “La ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria”, en AA.VV., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*. Madrid: Idadfe, uned y el derecho editores, pps. 679- 680.: “la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas”. BELLO JANEIRO, D., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Autotutela e incapacitación voluntaria”, en AA.VV., *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 35.: “ya que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición”.

¹⁶⁵Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 994, sostiene: “la figura jurídica del patrimonio protegido: no crea una masa de bienes inmovilizada”.

¹⁶⁶FUENSETECA, C., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa

que sean los particulares quienes, con sus propios medios, sufragen los gastos correspondientes¹⁶⁷. A ello hay que añadir, que quizá se está pensando en una minoría de familias con suficiente patrimonio para afrontar tal situación. Pero no hay que olvidar a otras muchas personas cuya economía les impide una solución digna para sus familiares discapacitados”. Por tanto, se tendrá que incentivar la constitución de patrimonios no tan cuantiosos y que exista una protección para el P.P. Por lo que, opinamos que el P.P., puede tener gastos¹⁶⁸, por lo que es necesario que en el P.P., exista ahorro¹⁶⁹ para las necesidades de la persona

tributaria con esta finalidad”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (1ªEd.): Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 1746.

¹⁶⁷ Por lo que, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 136, entiende: “Ahora bien, no parece que el Estado tenga que hacer frente a los mayores gastos que supone la discapacidad para los individuos afectados. Esta orientación jurídico-privada es digna de elogio, ya que las cuestiones que afectan a cualquier persona, debe resolverlas en primer lugar, él mismo; cuando él no sea capaz de solucionarlos, deben ser enfrentados por su familia y sólo en tercer y último lugar, debe venir el Estado para remediar aquellas situaciones que ni su familia sean capaces de afrontar y solucionar”. Por tanto, entendemos que esta última postura del autor, el Estado no puede formar un P.P., a favor de una persona discapacitada, pero sí pueden actuar el Ministerio Fiscal y los Jueces en beneficio de la persona discapacitada.

¹⁶⁸ En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 360, el patrimonio de gasto lo define: “es cuando se trata de aportar a la persona con discapacidad un flujo más o menos constante de rentas, con las que cubrir las necesidades cotidianas”.

¹⁶⁹ Al respecto, el autor MARÍN CALERO, C., (2004). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. www.sindromedow.net/adjuntos/.../29L_Libroscarlosmarin.pdf. (consultado en 22 de mayo de 2012) p.82, sostiene: “El patrimonio protegido es sin duda una inversión a medio o largo plazo; mejor incluso cuanto más largo”. Por otro lado, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 360, sostiene el patrimonio de ahorro: “consiste en atribuirle una masa de bienes, con cuyo uso y disfrute le sea posible alcanzar una autonomía, independencia y autosuficiencia económica”.

discapacitada, por lo contrario los pequeños P.P.S., irían mermando económicamente y no podrían subsistir para las necesidades de la persona discapacitada. De esta forma, lo más importante de la norma es la constitución de un patrimonio no sólo de gasto sino también de ahorro, para que las personas discapacitadas puedan vivir una vida digna con atención a sus necesidades, por lo contrario podría perjudicar el P.P., y no conseguir así su fin.

2.4. El régimen jurídico del patrimonio protegido

En relación con el régimen jurídico aplicable al P.P., el art. 1.2º de la L.P.P.D., dispone: “se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil”. Pues, como vemos en el presente precepto faltan algunos elementos vinculados a la norma. Por lo que, como “elementos vinculados a la norma” la autora CASTILLO MARTÍNEZ¹⁷⁰ entiende que son: “reguladores de la incapacitación y de las instituciones de la incapacitación y de las instituciones tutelares, el legislador omite la consideración vinculada del supuesto de los incapacitados menores de edad sometidos a patria potestad (menores no

¹⁷⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 91. Por lo que, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 7, sostiene: “Esta preferencia que se declara en relación en el Título IX referida a la incapacitación en general, no puede tener lugar en ningún caso, al no ser posible la modificación de la regulación relativa a la incapacitación por una ley ordinaria”.

emancipados), así como la de incapacitados sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada, poniendo como ejemplo las normas generales en materia de relaciones paterno-filiales”. Por otra parte, en relación con el mismo art. 1.2º de la L.P.P.D., entendemos que existe una falta de interpretación por parte del legislador, en cuanto a modo de reserva respecto al Derecho de las C.C.A.A.¹⁷¹

Al respecto, cabe reseñar que la Disposición Final 1.ª de la L.P.P.D, que atiende a especificar el “Título de competencias”, con las atribuciones siguientes: “Esta ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª, 8ª y 14ª de la Constitución”, teniendo competencia exclusiva en las siguientes materias: en el ámbito procesal y la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las C.C.A.A., de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y la

¹⁷¹ Al respecto, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., pps. 7-15, sostiene: “El contenido de este artículo 1.2 de la Ley y el silencio del legislador estatal sobre una reserva a favor de lo que podían las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, especial o foral, regular en relación a esta materia, ha motivado un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Catalán contra la Ley 41/2003, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 13 de abril de 2004. Recurso núm.1.004/2004. B.O.E. núm. 102, de 27 de abril de 2004, p. 16.606”. De todas formas, si es inconstitucional o no se pronunciará el T.C. De la misma forma, el B.O.P.C., núm. 11 de 30 de enero de 2004, p. 33, señala: “El legislador estatal es competente para dictar los artículos 1 a 3 de la Ley 41/2003, en virtud de su competencia en materia de derecho civil. Esos preceptos tendrán en Cataluña valor supletorio. Es decir, la Ley catalana anterior y posterior a la Ley que dictaminan ha de poder regular la misma materia propia del Derecho Civil que se regula en esta Ley, siendo la Ley catalana de aplicación preferente. La norma catalana se autointegrará con el resto del ordenamiento civil catalán y sólo en segunda instancia se podrá acudir al Derecho estatal como norma supletoria”. Por lo que, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 118, señala: “por considerar que este precepto impide de hecho- por el juego de la atribución de beneficios fiscales a la figura, en el ejercicio de las competencias estatales en materia tributaria-, la actuación del legislador autonómico en materia de Derecho civil, sin que sea posible una interpretación de la Ley conforme a la Constitución”.

Hacienda general y Deuda pública. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ ¹⁷²sostiene: “que la regulación sustantiva del patrimonio protegido se basa en la “competencia exclusiva” en materia de “legislación civil” la C.E., reconoce al Estado- art. 149.1.8^a- si bien la Ley se ocupa en numerosas ocasiones de respetar las competencias autonómicas en materia civil en lo que pudiera afectar al P.P.”. Pues realmente, se intenta proteger en materia civil, o, en la propia legislación civil de las C.C.A.A., o incluso Foral, que está sostenida en la C.E., respecto a la autonomía del P.P.

3. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El P.P., de las personas con discapacidad es un patrimonio autónomo, independiente del patrimonio personal, como anteriormente habíamos mencionado. Esta figura jurídica, ha sido producto por la elevada notoriedad del número de personas que padecen una discapacidad, originada por razones de una patología que puede ser de carácter físico o sensorial, psíquico, o, motivada por accidentes de tráfico u otras circunstancias, mediante esta constatación de estos datos, la sociedad comenzó a potenciar su sensibilidad respecto de las personas que padecen alguna especie de minusvalía, y, esta norma ha sido el fiel reflejo legal, con el resultado del legislador civil. Por tanto, como hemos señalado es la aparición de este tipo de patrimonio, en atención a las necesidades de la sociedad actual. Por lo que, la sociedad avanzado como hemos visto desde

¹⁷² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 117.

la perspectiva del Derecho afectando a los diversos ámbitos jurídicos, civil, económico y social.

Al respecto, los autores GANZENMÜLLER y ESCUDERO¹⁷³ sostienen que los principios configuradores de la L.P.P.D., son: “el principio de exclusividad, en cuanto a las personas, exclusivamente, las personas con discapacidad con discapacidad, afectadas por un grado de minusvalía, y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 C.c., con lo cual solamente concierne a las personas que tengan este grado de minusvalía que marca la Ley. El principio de actuación en interés de la persona con discapacidad, este principio sostiene que terceras personas podrán realizar la constitución o aportaciones en beneficio de las personas discapacitadas, por otro lado no podrán constituir un patrimonio protegido o realizar aportaciones, en su beneficio si la persona discapacitada tiene capacidad de obrar suficiente, se realizan contra su voluntad. El principio de tutela institucional, este principio sostiene dos elementos: el primero favorece la administración que puede corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas discapacitadas y el segundo el principio, que tiene la ley que se le otorga al Ministerio fiscal, con la creación de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad que asesora al Ministerio Fiscal”.

Por otro lado, la L.P.P.D., tiene unas características especiales que son constatables en la (E.M.I.I.):

¹⁷³ GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO, J. F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Op. Cit., pps. 318-319.

“a) El objeto de la Ley es la regulación de una masa patrimonial especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

b) Los bienes y derechos no tienen personalidad jurídica propia.

c) Se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometidos a su régimen propio de administración y supervisión.

d) Es un patrimonio de destino para la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”.

En el aspecto subjetivo de la L.P.P.D. atiende a cuatro elementos:

a) Tiene un régimen de administración y de gestión propio.

b) Existe la subrogación real en el P.P.

c) Tiene una duración limitada, que concierne al grado de discapacidad

d) El destino de los bienes tras la extinción del P.P.

3.1. La Ley del Patrimonio Protegido su creación mediante la Ley

La Ley es la única forma de la creación de todas las figuras jurídicas incluso del patrimonio, y no la voluntad de las personas, creando de esta forma una seguridad jurídica frente a terceros, por lo que es obvio que las personas no pueden crear o disolver un patrimonio.

Al respecto, el autor SERRAMALENA ¹⁷⁴ define: “La ley es la primera y principal fuente del Derecho positivo según la organización de todos los Estados modernos, y también lo es en nuestro ordenamiento jurídico”, diferenciando el autor el concepto de Ley en su sentido amplio al señalar: “la Ley como regla general de conducta, si bien no afecta propiamente al Derecho positivo, y el concepto en sentido restringido, como norma de Derecho positivo aceptada e impuesta por un determinado ordenamiento jurídico, y la norma procedente sólo del Estado, o como norma estatal superior y preferente, dictada con las máximas solemnidades y por autoridad u órgano a quienes se reserva la competencia para ello”.

De diferente forma podemos pensar en el P.P., en este caso sí rige la voluntad de las personas para que nazca¹⁷⁵, y la promoción de la constitución del mismo, pudiendo ser una persona con la capacidad de obrar o un tercero en su representación (en el caso de que el discapacitado sea incapacitado judicial y a su vez discapacitado).

Desde otro punto de vista puede existir el patrimonio autónomo (en este caso el P.P.) con el patrimonio personal, lo que puede implicar

¹⁷⁴RUIZ SERRAMALENA, R., (1980). *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de derecho. Sección de publicaciones, pps. 197 -198.

¹⁷⁵Al respecto, se pronuncian los autores GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 120.: “El patrimonio protegido es una figura de creación legal, si bien será la voluntad de los sujetos privados- o en su caso, una Resolución judicial- la que determine su nacimiento y que bienes queden adscritos al mismo”. El autor se refiere a la resolución judicial en el caso que no exista voluntad clara entre las partes, o la intervención del Ministerio Fiscal, respecto al principio de tutela institucional mencionada anteriormente. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 131.: “La creación legal. Es la Ley la que prevé su creación, aunque su origen o constitución pueda derivarse de un acto jurídico privado”.

relaciones entre los dos patrimonios¹⁷⁶. Esto sería un problema, respecto a los administradores que podrían realizar traspasos de carácter patrimonial de un patrimonio a otro, pudiendo afectar a los acreedores, por lo cual debe existir una supervisión en sus mecanismos para controlar estas situaciones.

3.2. El patrimonio protegido puede ser un patrimonio de destino

La (E.M.II.) de la L.P.P.D., expresamente lo califica como “patrimonio de destino”, definiéndolo así: “Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales”, para la autora GARCÍA PÉREZ¹⁷⁷: “el P.P., se configura legalmente como una masa patrimonial a la que se le asigna un fin especial, se trata de un patrimonio de destino”, que trata la autora como este, “fin especial o destino específico es la satisfacción de las necesidades vitales”.

¹⁷⁶ Al respecto, los autores sostienen GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 121.: “Existe una tesis que entiende que en sentido estricto un patrimonio separado se caracteriza, así un peculiar régimen de administración y disposición-, por existir una separación de responsabilidades con relación al patrimonio personal, pero ello no supone un dique de contención entre las deudas de este patrimonio y las del resto del patrimonio personal del discapacitado”. CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1137.: “Si, como afirmamos, existen dos patrimonios- el protegido y el personal general- que tienen como único titular a la persona con discapacidad, podemos plantearnos la posible existencia de relaciones entre ambos. El legislador no la contempla, pero, al no excluirla, puede defenderse, siempre que quede suficientemente garantizada la integridad del patrimonio”.

¹⁷⁷ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps.130-133, de esta forma la autora señala: “su interpretación del término “vitales” lo amplía a las llamadas necesidades esenciales como, el sustento o habitación en cuidados especiales y sus circunstancias que afecten al discapacitado”.

Por otra parte, existe algún autor que rechaza el concepto de patrimonio de destino, como el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁷⁸ que sostiene: “si usamos el concepto técnico de patrimonio de destino realmente no estamos ante un supuesto del mismo, pues el P.P., tiene un titular, cual es el propio beneficiario”. Por lo que, entiende el autor que la función del P.P., es solamente la unión con el beneficiario no la finalidad que le reporta que es la satisfacción de sus necesidades vitales. Postura que no compartimos pues sí solamente se reconoce el P.P., como nexo de unión con el beneficiario, también podemos atender a la unión que existe entre un propietario y su patrimonio, por lo que entendemos que el P.P., a diferencia de la unión que existe con su beneficiario, también tenemos que pensar que no es un patrimonio normal, sino especial, para la satisfacción de sus necesidades vitales. Aunque realmente entendemos que es un patrimonio separado¹⁷⁹, como patrimonio separado que es del patrimonio principal, no deja de ser en realidad un patrimonio de destino, a efectos de perseguir una finalidad en su interés privado.

3.3. El régimen de administración y gestión

El P.P., su régimen de administración y gestión es muy diferente al patrimonio personal de la persona discapacitada. El régimen de

¹⁷⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 123.

¹⁷⁹ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., (Dir. Santos Urbaneja F.) (2006). “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, en AA.VV., *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 129, señala: “Se concibe como un patrimonio separado”.

administración y gestión está regulado en el art. 5.7° de la L.P.P.D.¹⁸⁰, por lo que queda patente que si la persona discapacitada constituye su propio patrimonio, puede realizar su propia administración, a diferencia si es una tercera persona quien lo constituye, pues estará sometido a la administración y gestión a un control exhaustivo¹⁸¹, bajo la supervisión del Ministerio Fiscal¹⁸² que le corresponde, con el asesoramiento por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Por otra parte, sobre quien puede constituir un P.P., siempre que no sea el propio discapacitado, con capacidad de obrar, la autora MUÑOZ ESPADA¹⁸³ aporta: “que para su facilidad se contempla con amplitud en las personas quienes pueden constituir: sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente; el guardador de hecho; cualquier persona en interés legítimo”. En este caso, entendemos que si los padres tienen la tutela o curatela, y el administrador es otra persona con interés legítimo, podría perjudicar a la persona con discapacidad que no tenga capacidad de obrar.

¹⁸⁰ Art. 5.7° de la L.P.P.D., señala: “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”.

¹⁸¹ Por lo que, la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 131, entiende que es: “una imposición legal de un régimen de administración específico sometido a diferentes controles”.

¹⁸² Como, entiende la autora MUÑOZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 3438.: “Las medidas de control y fiscalización recaen ahora de modo principal sobre la figura del Ministerio Fiscal, la supervisión de la administración de este patrimonio protegido, además de contar ahora con un órgano externo de apoyo y asesoramiento en el ejercicio de estas funciones, cual es la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”.

¹⁸³ MUÑOZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 3437.

4. LA NUEVA INSTITUCIÓN DE AUTOTUTELA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

Tras la aprobación de la L.P.P.D.,¹⁸⁴ se modificó el art. 223.2º C.c., promoviendo la figura jurídica de la autotutela. Por tanto, es un nuevo mecanismo, para el sujeto que tiene capacidad suficiente y la conserva, para poder decidir qué persona va ser su tutor en el día de mañana cuando no tenga la capacidad suficiente para gestionar y administrar el P.P.

De esta forma, la persona puede dejar reflejada su voluntad dando instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, en lo que concierne al cuidado personal y la administración de sus bienes que es lo que nos importa, para prever y decidir lo que pueda ocurrir en un futuro. Por medio del nombramiento de un tutor, con las garantías legales necesarias.

Por otra parte, entendemos que la necesidad de capacidad en el momento de disponer la autotutela, no impedirá que la persona incapacitada parcialmente, y, goce de suficiente capacidad natural y a quien la sentencia de incapacitación no haya modificado la capacidad de obrar su persona, pueda designarse tutor para el momento que fuera incapacitado totalmente, al respecto cabe mencionar la S.A.P. Navarra de 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez)

¹⁸⁴ Al respecto, el autor CASTRO REINA, J. R., (2008). “Autotutela y contrato de alimentos a favor de discapacitados”, en AA.VV., *Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. (XVI tomo). (Vol.2), Albolte (Granada): Comares, p. 212, sobre la figura jurídica de la “autotutela” señala: “tiene carácter típico, en la medida en que aparece contemplado en nuestro Código Civil, a raíz de la Ley 41/2003”.

AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “cabe cuestionarse si cabe que la persona incapacitada parcialmente y a quien la sentencia de incapacitación no haya modificado la capacidad de obrar. Si la sentencia de incapacitación no ha privado de ese ámbito a la persona y goza de suficiente capacidad natural, no hay razón para negarle la legitimación para disponer la autotutela, máxime cuando, como es el caso solo se le incapacita para regir sus bienes”.

Al respecto, cabe señalar el concepto de autotutela, o autodelación, como el autor MARTÍNEZ GARCÍA ¹⁸⁵ la define: “la legitimación de un mayor de edad¹⁸⁶ para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación”, y siguiendo adicionalmente debemos mencionar la S.A.P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo, que define la autotutela¹⁸⁷: “como la facultad o legitimación que se concede a la persona

¹⁸⁵MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., (Dir. Martínez Die, R.,) (2000). “Apoderamientos preventivos y autotutela”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas, p. 124.

¹⁸⁶Por otra parte, queremos aclarar como señala la S.A.P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo: “En cuanto a la capacidad de obrar necesaria, no hay duda de que los mayores de edad y los menores emancipados están legitimados, pues la capacidad de éstos se asimila a la de aquéllos, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, por lo que la esfera patrimonial se rige como mayores de edad”, y siguiendo adicionalmente el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 205, aporta: “Podría hacerlo el mayor de catorce años que hay contraído matrimonio con dispensa del artículo 48 C.c., puesto que el matrimonio le emancipa”.

¹⁸⁷ Además la S.A.P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Esta figura ha sido introducida en el Código Civil, mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial

para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente”. Por lo que, entendemos que se requerirá para crear esta institución un documento apropiado, formal y con carácter revocable, para configurar los elementos que den paso a la tutela¹⁸⁸ con su vigilancia y control.

4.1. Las características de la institución de la autotutela

Como todas las instituciones jurídicas la autotutela ofrece unas características, puesto que es una manifestación unilateral por parte de una persona que en su caso puede ser discapacitada en un futuro¹⁸⁹, y sus

y de modificación del CC, y la norma tributaria”, por lo que reconoce la introducción de esta figura por la L.P.P.D.

¹⁸⁸ Al respecto, los autores son críticos en la figura jurídica de la “autotutela” MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., “Apoderamientos preventivos y autotutela”. Op. Cit., p. 125, señala que la autotutela, tiene dos efectos: el primero es positivo en si mismo y el segundo es negativo como afirma: “aquel a través del cual una persona excluye expresamente a otra u otras como integrantes del organismo que se haga cargo de su guarda, para el supuesto de una eventual incapacitación”. MUÑOZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 3447, sostiene: “Esta mal llamada autotutela, consiste en permitir a las personas capaces adoptar las disposiciones que considere oportunas para su protección en caso de una posible incapacitación, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela y lógicamente alterando el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor al designado por el propio tutelado que hubiese ordenado tales previsiones, sin modificar la facultad del Juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del propio incapacitado y hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación”. Al respecto, nosotros opinamos que ante esta exclusión, la persona tiene capacidad de obrar, por lo que no podríamos enjuiciar sus actos.

¹⁸⁹ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 202, señala: “Será más frecuente que se aplique, con preferencia, a los que, previsiblemente van a ser incapacitados judicialmente, quizá,

decisiones son imprescindibles para el funcionamiento tutelar, por lo que es obvio que existan estas características para la concepción de esta institución.

Por tanto, las características que configuran la autotutela son las siguientes según BELLO JANEIRO¹⁹⁰ entendiéndolo como un negocio jurídico¹⁹¹ con las siguientes características:

“a) Es unilateral, porque la declaración negocial procede ex uno latere, sin necesidad para su perfección no necesite la aceptación de nadie.

b) Es recepticio, en tanto que, para la producción de los efectos negociales, es necesario que la declaración de voluntad sea notificada; es decir dada a conocer a otra persona.¹⁹²

c) Es personalísimo, porque el negocio de autodelación de la tutela sólo puede ser llevado a cabo a efecto por el propio interesado, sin que sea delegable su realización en un tercero.

por padecer una enfermedad degenerativa”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar la S.A.P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005, (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo, que señala: “La regularización de la autotutela es especialmente útil en caso del diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán la capacidad intelectual”.

¹⁹⁰ BELLO JANEIRO, D., “Autotutela e incapacitación voluntaria”. Op. Cit., p. 44.

¹⁹¹ Al respecto, el autor CASTRO REINA, J. R., “Autotutela y contrato de alimentos a favor de discapacitados”. Op. Cit., p. 211, define este negocio jurídico: “por el cual una persona física capaz, en previsión y para el supuesto de su futura incapacitación, ordena la guarda de su persona y bienes”.

¹⁹² En sentido opuesto, la autora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., (2008). *Incapacitación y mandato*. (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 310, entiende que es una declaración unilateral no recepticia, y sostiene: “El hecho de que tenga que manifestarse ante Notario no la convierte en recepticia, porque éste no recibe la declaración, limitándose su función a documentarla, como ocurre con el poder constituido en documento notarial o con el testamento abierto también notarial, y mucho menos puede considerarse destinatario al Juez que lleva a cabo el nombramiento del tutor”. Al respecto, nosotros opinamos, que el Notario es imprescindible, para que sea efectiva la declaración mediante la notificación de su voluntad al Notario, por tanto entendemos que es recepticia la autotutela.

d) Es intervivos, porque ha de producir sus efectos en vida del declarante¹⁹³.

e) Es solemne, en tanto que, para su validez, debe recoger en documento público notarial¹⁹⁴.

f) Es revocable, al igual que el testamento (art. 737 C. c.)”.

Por tanto, cabe decir que cuando se refiere el art. 223. 2º párr. C.c., al “documento público”, el Notario debe comunicarlo al R.C., (Registro Civil), por lo que el Juez tiene que recabar la certificación en el R.C., a los efectos pertinentes para la tutela de la persona una vez que está fuera discapacitada, como indican las disposiciones del citado precepto, con referencia a la “disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. Pues, su función consiste en dar a conocer al Juez, la voluntad de la persona una vez esta incapacitada judicial, puesto que es un elemento de garantía de su autonomía personal, antes de ser incapacitada.

Por otra parte, la autora DE AMUNÁTEGUI¹⁹⁵ entiende: “que en realidad se trata de un trámite ideado para lo que pueda incluirse como

¹⁹³ Como cita la S.A.P. Navarra de 14 junio, núm. 108/ 2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Tercero: “Se excluye, pues, el documento privado- que por otra parte no encajaría con el sistema de publicidad ideado- por lo tanto solo cabe un documento notarial inter vivos. Como indica Carlos Francisco, “este tipo de medidas están llamadas precisamente a desplegar sus efectos en vida del sujeto, y no a su fallecimiento, como es el propio del negocio testamentario”.

¹⁹⁴ Al respecto, la autora DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*. Op. Cit., pps. 312-313, aporta: “De los posibles documentos que puedan autorizar los Notarios habrá que inclinarse por la escritura pública, siendo necesario en la misma apreciación o juicio notarial de capacidad en el momento preciso de su otorgamiento”. Por tanto, estimamos como consecuencia de un acto solemne el juicio notarial, en el momento de la constitución de la autotutela, y además la facultad que tiene el Notario sobre la apreciación de la capacidad que tiene la persona cuando constituye su autotutela.

previsión a adoptar en cuanto al contenido propio de la autotutela, y por otra parte entiende que no es adecuado para otras manifestaciones relativas al cuidado de la persona independientes de la organización tutelar como pueda ser un poder preventivo, un documento de voluntades anticipadas, o la constitución del P.P.”. Por lo que, en cierto modo no estamos de acuerdo en la postura adoptada por la autora, que entiende que no puede constituirse el P.P., mediante autotutela, puesto que una vez la persona hubiese sido declarada incapaz y a su vez discapacitada, entendemos que sí podrá constituir un P.P., el tutor como señala el art. 3.1º b): “Podrán constituir un patrimonio protegido: sus tutores”.

4.2. La función de la autotutela en el patrimonio protegido

Como habíamos visto, la autotutela se generó a raíz de la aprobación de la L.P.P.D., por lo cual una persona con capacidad de obrar suficiente, sin necesidad de la existencia de enfermedad o deficiencia, puede desembocar en una futura incapacitación, por lo que en el momento presente no consta sospecha o indicio alguno de una futura incapacitación.

Por tanto, la función de la autotutela en el P.P., es la de actuar como “conditio iuris” para que sea efectiva esta disposición, por lo que no será necesaria la existencia de enfermedad, ni tampoco es necesario alegarlo en su momento mediante documento¹⁹⁶.

¹⁹⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*. Op. Cit., p. 315.

¹⁹⁶ Al respecto, el autor CASTRO REINA, J. R., “Autotutela y contrato de alimentos a favor de discapacitados”. Op. Cit., p. 212, señala: “amén de que ésta es una cuestión íntima del disponente que nadie le puede exigir revelar”, contrariamente a la postura anteriormente expuesta por el autor, cabe citar

Por otro lado, la autotutela facilita el tránsito progresivo de la autonomía personal a la dependencia de terceros, en este caso, la tutela que actuará cuando la persona éste judicialmente incapacitada, dando un paso para su vigilancia y control para gestionar y administrar su P.P.¹⁹⁷

Nuestra conclusión sobre la institución de la autotutela, entendemos que el legislador realizó un paso positivo puesto que mediante esta figura jurídica faculta a una persona antes de ser incapacitada, que pueda expresarse en la toma de decisiones sobre sí mismo en el momento que considere oportuno, y la manera en que será su administración y control de su P.P., puesto que aún conserva una cierta autonomía personal, sin la necesidad de la intervención familiar sobre quien será el posible tutor de la persona, en el momento de su incapacidad y al mismo tiempo estando éste discapacitado, pues entendemos que reduce así sus angustias ejerciendo su propia voluntad.

la S.A.P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “la capacidad natural plena de la persona que ordena la autotutela, el notario debe analizar la capacidad de la persona”, y siguiendo adicionalmente aporta la autora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*. Op. Cit., pps. 312-313.: “siendo necesario en la misma apreciación o juicio notarial de capacidad en el momento preciso de su otorgamiento”. Por otro lado, entendemos no tendría que recaer todo el peso sobre el Notario en la valoración de la capacidad de la persona, pues tendría que existir adicionalmente otro medio de valoración más exhaustivo para la constitución de la autotutela.

¹⁹⁷ Por lo que, debemos mencionar la S.A.P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813, en su Fundamento de Derecho Segundo, especifica su función al señalar: “estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime oportunos, incluso, de acuerdo con el art. 3.1 Ley 41/2003, constituyendo un patrimonio protegido de los regulados en la misma Ley, pues resulta difícilmente comprensible que las cualidades de constituyente, beneficiario y titular recaigan en una misma persona, de acuerdo con los art. 2.1, 5.1 y 6.2”. Por tanto, intrínsecamente la figura de la autotutela da paso para solucionar la constitución del P.P., una vez incapacitada la persona, mediante el tutor.

5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Al realizar un estudio sobre la naturaleza jurídica del P.P., lo primero que nos tenemos que preguntar es si realmente estamos ante un patrimonio, o, es simplemente una serie de derechos o bienes, que componen el P.P.,¹⁹⁸ y su administración.

Una vez se hayan superado estos elementos, defendiéndose lo que es el patrimonio tenemos que determinar que categoría patrimonial representa y su responsabilidad en el patrimonio.

5. 1. El Patrimonio protegido es considerado un patrimonio

Ante lo expuesto consideramos que el P.P., es un patrimonio separado distinto del patrimonio principal, integrado por sus bienes y derechos para satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad, como aporta el autor CUADRADO IGLESIAS¹⁹⁹: “existen dos patrimonios- el P.P., y el

¹⁹⁸ Como indica el art. 1. 1º. 2º párr., de la L.P.P.D.: “Tales bienes o derechos constituirán el patrimonio protegido”.

¹⁹⁹ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p.1137, además señala si se produce la conversión: “ Esta conversión nunca podrá producir fraude de acreedores, ya que éstos no quedan privados de accionar contra la masa patrimonial protegida; más, si la responsabilidad de esta masa no fuera universal y quedara limitada a las necesidades vitales del beneficiario, podría generarse fraude de acreedores del patrimonio personal”.

patrimonio personal²⁰⁰”, y siguiendo adicionalmente la L.P.P.D., en su (E.M.II.): “este patrimonio, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario”, quedando explícitamente que existen dos patrimonios, con la coexistencia del P.P., y sus componentes, en este caso debemos mencionar los arts. 1.1º.2º párr.,²⁰¹ y 5.4º de la L.P.P.D.,²⁰² además el autor sostiene: “puede darse la existencia de relaciones entre ambos patrimonios, aunque el legislador no contempla, pero, al no excluirla, puede defenderse, siempre que quede suficientemente garantizada la integridad del patrimonio²⁰³, además prevé, que si la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente puede por sí sola, convertir la totalidad o parte de ella su patrimonio personal general en P.P.”.

Por otro lado, su razón jurídica en el concepto del P.P., no la compartimos, primeramente por ser el P.P., distinto del patrimonio principal, con unas características especiales²⁰⁴ que estamos valorando. De

²⁰⁰ Por lo que, el P.P., atenderá a sus propias deudas como aporta el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 130.: “sujeto a un régimen especial de responsabilidad por deudas. Ésta es la verdadera clave del sistema y sin embargo la mayor de las lagunas que se aprecian en la Ley”.

²⁰¹ Art. 1. 1º. 2º párr., de la L.P.P.D., señala: “Tales bienes o derechos constituirán el patrimonio protegido”.

²⁰² Art. 5.4º de la L.P.P.D., señala: “Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos”.

²⁰³ Como anteriormente nosotros habíamos expuesto, puesto que la relación entre ambos patrimonios puede crear problemas en este caso las deudas se pueden transmitir del patrimonio principal al P.P., mermando las necesidades de la persona con discapacidad, y no produciéndose así la finalidad del P.P.

²⁰⁴ Al respecto, la autora BERROCAL LANZAROT, A. I., *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Op. Cit., p. 2, señala: “Al lado de la asistencia económica familiar, con la L.P.P.D., se proporciona una nueva financiación, igualmente de carácter privado, para suplir las necesidades vitales de los discapacitados y garantizar su futuro, al prever la constitución de un patrimonio propio-patrimonio protegido”. Pues

esta forma, como es obvio queda plasmado por el legislador en la (E.M.I) de la L.P.P.D., que expresa: “Esta Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial”. Por lo que, extrayendo de la lectura del precepto comprendemos que es un patrimonio diferenciado del patrimonio personal.

Pues, estas diferencias del P.P., con el patrimonio principal que contempla la L.P.P.D., son las siguientes: 1º será la figura jurídica de la subrogación real, expresado en el art. 4.3º de la L.P.P.D.,²⁰⁵ con referencia a la reversión de los bienes, al señalar: “Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba a tales bienes o derechos o, en su caso equivalente”. Por tanto, la L.P.P.D., permite la venta de un bien inmueble que está en el P.P., y con ese dinero de la venta, se podrá comprar otro bien inmueble, que no tenga las mismas características que el anterior aportándolo al mismo P.P. 2º Como bien señala la norma, el P.P., está destinado para la satisfacción de las necesidades de las personas discapacitadas ²⁰⁶, pues una vez que no

entendemos que el legislador debería unificar la L.P.P.D., con la L.A.A.D., aunque esta se rige en orden de lo social, se podría crear un régimen mixto, y así no recaería totalmente el gasto de la persona con discapacidad tanto en el Estado y en las C.C.A.A.

²⁰⁵ Por lo que, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1137, señala: “Tal subrogación puede deducirse del art. 4º.3 L.P.P.D., donde se dispone que los aportantes, al extinguirse el P.P., pueden establecer el destino de los bienes o derechos aportados o, en su caso, de su “equivalente”. Se permite que los bienes aportados sean sustituidos por otros”.

²⁰⁶ En este caso es muy expresivo el autor NOGUERA NEBOT, T., “La ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria”. Op. Cit., p. 679, al señalar: “El objeto inmediato de la Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad”.

exista esta condición en la persona discapacitada el P.P., tenderá a su desaparición, o, por el fallecimiento de la persona discapacitada²⁰⁷.

Por otro lado, debemos de tener en cuenta que el P.P., puede ser un patrimonio de gasto y no de ahorro, entonces el patrimonio puede agotarse para la persona discapacitada, y puede extinguirse el P.P.²⁰⁸, afectando a la persona discapacitada puesto que no se atenderán sus necesidades vitales.

Por otra parte, como patrimonio que es el P.P., como hemos estudiado puede extinguirse, nuestra pregunta será, ¿qué ocurrirá con los bienes y derechos del P.P.? Al respecto, la L.P.P.D., no especifica mucho sobre los bienes y derechos después de la extinción del P.P., sólo hay una previsión en el art. 4.3º de la L.P.P.D.,²⁰⁹ por lo tanto aunque este punto no quede constatado en la norma, se satisfarán las deudas que quedan del remanente del patrimonio, o, se realizará el destino que hayan acordado los aportantes.

Por otro lado, sino se establece nada sobre los bienes o derechos que integran el P.P., se integrarán en el patrimonio del discapacitado²¹⁰, si deja

²⁰⁷ El art. 6.1º de la L.P.P.D., señala: “El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley”.

²⁰⁸ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 434, sostiene: “Y, evidentemente, hay otro caso de extinción no contemplado en la norma que es el agotamiento del patrimonio. Las necesidades de la persona con discapacidad, pueden agotar el patrimonio”.

²⁰⁹ El art. 4.3º de la L.P.P.D., señala: “Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al art. 6. 2º L.P.P.D., siempre que hubiera quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

²¹⁰ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 130, aporta: “Se extingue sin liquidación, refundiéndose en

de ser discapacitado²¹¹, y en el caso que éste hubiese fallecido se integrarán también en su masa patrimonial²¹². La segunda opción es darle un destino a los bienes o derechos aportados como señala la L.P.P.D., en su art. 4.3 que hemos visto²¹³.

5.2. *El Patrimonio protegido es separado o de destino*

Consideramos que el P.P., es un patrimonio separado, por entender que ofrece la particularidad que persigue una finalidad²¹⁴, y, este efecto se transforma en beneficio de la persona con discapacidad, pues sí no cumpliera este fin, no podría considerarse un P.P., puesto que la mayoría de los autores entre otros, GALLEGO DOMÍNGUEZ²¹⁵ optan por las:

la masa patrimonial de su titular, sin perjuicio del destino especial que el constituyente o aportante haya previsto para determinados bienes”.

²¹¹ Atendiendo al art. 6. 2º de la L.P.P.D., que señala: “éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

²¹² Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 435, aporta: “los bienes que constituyen la dotación se incluirán en la herencia de la persona con discapacidad, con las cautelas que el C.c., señala para el caso de fallecimiento”.

²¹³ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 435, señala: “En el caso de los bienes y derechos integrantes de aportaciones posteriores al acto rotacional, el aportante puede establecer el destino de los bienes cuando el patrimonio se extinga”.

²¹⁴ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1135, aporta: “Dado su específico propósito, se trata de un patrimonio protegido adscrito a un fin que constituye un patrimonio separado”.

²¹⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 122. RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Dir. Garrido Melendo, M., Fugardo Estavill, J. M.) (2005). “Teoría General del Patrimonio”, en AA.VV., *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial, sus*

“especialidades que le dotan de una singularidad con relación al patrimonio personal de un sujeto, constituye un supuesto de patrimonio separado”, como anteriormente hemos expuesto, diferenciando el patrimonio principal del P.P.

Por tanto, con la exposición anterior hemos visto que el P.P., es un verdadero patrimonio con sus respectivas particularidades distinto al patrimonio personal. Aunque en nuestra doctrina existen varios autores que lo diferencian al definir el P.P., como un patrimonio separado²¹⁶ y otros autores se decantan por el concepto de patrimonio de destino²¹⁷. Al

Protocolos. Consejo General del Notariado, (1tomo). (1ªEd.). Barcelona: Boch, pps. 126 - 127, sostiene: “sólo ha lugar a la aparición de un patrimonio independiente de general o personal cuando un fin o un interés jurídicamente protegido y una función concreta, más allá de la general del patrimonio personal, justifica que una masa de bienes, un conjunto de derechos y deudas, sean tratados en la forma unitaria típica de patrimonio (con un régimen de responsabilidad diferenciado), y el ordenamiento jurídico lo asuma como tal y le dé un tratamiento también unitario y un régimen ad hoc diferenciado”. En la misma línea, utilizando el concepto de “patrimonio autónomo” la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., (Dir. Domingo, R.,) (2005). *El instituto del “TRUST” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “CIVIL LAW”*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 105, se pronuncia: “Hay quien contrapone patrimonio personal a patrimonios autónomos, incluyendo bajo esta última denominación las diversas situaciones en que un conjunto de bienes recibe legalmente un tratamiento diferenciado del patrimonio personal”. Por lo que, reconocen que cada patrimonio tiene un conjunto de derecho y deudas, a esto tenemos que destacar que la doctrina aboga por el concepto de patrimonio separado.

²¹⁶ Por otra parte, el autor DE LOS MOZOS, J. L., (1991). *Estudios sobre Derecho de los bienes*. Madrid: Montecorvo, p. 317, aporta: “no hay patrimonio separado en el incapacitado, pues el patrimonio puesto en administración no es otro que el patrimonio general del incapacitado que se halla en situación anormal”. En este caso, nosotros no compartimos totalmente la postura del autor puesto que si el incapacitado es al mismo tiempo discapacitado, podrá crear un P.P., por otro lado entendemos que si la persona incapacitada no está discapacitada, no podrá crear un P.P.

²¹⁷ Al respecto, los autores SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 378.: “La Ley 41/2003 introduce este llamado patrimonio especialmente protegido, que en realidad es de destino”. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 130.: “Por otro lado, indica que se trata de un patrimonio de destino”.

respecto, entendemos que tanto el P.P., y el patrimonio principal, son dos patrimonios diferentes, como la autora SANTISTEBAN²¹⁸, aporta: “existía algún autor que mencionaba patrimonio personal contraponiendo a patrimonios autónomos con el fin de diferenciar su tratamiento”.

Por lo que, podemos optar por este concepto, por sus características principales que son: la creación mediante Ley (aunque el P.P., en su constitución tiene que existir una voluntad, pues aunque sea creado mediante la L.P.P.D., el P.P., sino existe la voluntad por parte de una persona ya sea el propio discapacitado si tiene capacidad de obrar, y en el caso que no tenga capacidad de obrar la persona con discapacidad, sus representantes legales, o una tercera persona no podrá crearse), y su objetivo es las necesidades vitales para la atención de las personas con discapacidad, por tanto estimamos que es un patrimonio autónomo con una configuración de derechos y bienes para hacer efectiva esta realidad.

A nuestro modo de ver la L.P.P.D., expresa la voluntad del legislador al enunciar en la (E. M. I.I.) de la L.P.P.D.: “Los bienes y derechos que forman parte este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aísla del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario”, por este motivo el legislador trata de diferenciar el P.P., del patrimonio personal. Por estas características podemos, dilucidar la existencia de dos patrimonios diferentes bajo la aparición del mismo titular que sería el beneficiario del P.P., o, lo que sería lo mismo la persona discapacitada - beneficiaria.

²¹⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “TRUST” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “CIVIL LAW”*. Op. Cit., p. 105.

En otro orden de cosas, podemos decir que es un patrimonio de destino, al enunciar la (E.M.II.) de la L.P.P.D.: “un patrimonio especialmente protegido”, por tanto es diferente al patrimonio personal, de la misma forma debemos constatar la diferencia de la constitución del P.P., del concepto de patrimonio principal.

Otra forma, como habíamos expuesto inicialmente en la que se suele manifestar el P.P., del patrimonio personal, éste último pasaría directamente a los herederos, en el caso del P.P., pasa al patrimonio de la persona discapacitada como señala en su art. 6.2º de la L.P.P.D.: “Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia”²¹⁹.

Por otro lado, debemos tener presente que es un patrimonio de destino, como defiende la gran parte la doctrina²²⁰. De esta forma, si el P.P., es un patrimonio de destino, el legislador subjetivamente contempla la

²¹⁹ De esta forma, se expuso anteriormente, y como lo aporta el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 435.: “los bienes que constituyen la dotación, a la muerte o declaración de fallecimiento se incluirán en la herencia de la persona con discapacidad”.

²²⁰ Caben destacar, los autores SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 378.: “La Ley 41/2003 introduce este llamado patrimonio especialmente protegido, que en realidad es de destino”. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 130.: “Por otro lado, indica que se trata de un patrimonio de destino”. Por otro lado, la autora MORETÓN SANZ, M. F., *Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad*. Op. Cit., p.77, admite: “que el P.P., como patrimonio de destino, pero no lo acepta como patrimonio separado, por considerarlo con una falta de previsión sobre sus deudas y obligaciones en la masa patrimonial generado por el patrimonio, y la ausencia de un régimen de carácter especial en la responsabilidad sobre el patrimonio ordinario del beneficiario titular”. Postura que nosotros no compartimos, (aunque entendemos que el P.P., tiene un destino) puesto que entendemos que el P.P, es un patrimonio separado.

protección del discapacitado, por tanto este elemento subjetivo dista del concepto de patrimonio principal. Por lo que, contempla la L.P.P.D., los bienes y derechos que quedan unidos a la persona discapacitada, por tanto tienen una finalidad determinada²²¹.

En consecuencia el P.P., nace para proteger a un titular, que tiene unas características especiales, que señala la L.P.P.D., para ser discapacitado, diferenciándose de la fundación aunque está pueda crearse para las personas discapacitadas, por lo que no tiene un trato singular como se aprecia en el P.P., respecto a su norma²²².

Por lo que, también debemos señalar un elemento más sobre el P.P., pues es un patrimonio separado como hemos visto anteriormente, diferenciándose por las deudas del patrimonio principal, limitándolas entre sí, como elemento protector de la persona discapacitada.

²²¹Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 119, aporta: “El patrimonio especialmente protegido del discapacitado puede conceptuarse como aquel conjunto de bienes y derechos de titularidad del discapacitado, ya en una afección de bienes, especialmente destinado”. Por lo que, expresa el autor que estos bienes o derechos están afectos a un fin determinado.

²²² En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 379, aporta: “Esta fundación tendría personalidad jurídica propia, adquirida por la inscripción en el Registro de Fundaciones y de Cargas de asistencia singular (cuya creación se proponía a tal efecto) y cambiaba el elemento tradicionalmente de la fundación, como beneficiario único al incapacitado la fundación”. Por tanto, entendemos que había estado gestándose una fundación singular diferente a la tradicional fundación, que realmente no es el concepto tradicional de fundación y que no es singular, como el P. P.

Por otra parte, existe algún autor, que se pronuncia sobre el patrimonio separado no sólo, por la responsabilidad de deudas, sino por su régimen de administración y gestión²²³.

Nuestra conclusión, sobre el P.P., podemos albergar la idea de que es un patrimonio separado con unas características especiales anteriormente mencionadas, uno de los elementos de separación vendría para satisfacer las necesidades vitales de la persona discapacitada, por lo que sería un patrimonio autónomo diferente del patrimonio principal, con el elemento protector, la protección del P.P., de las deudas del patrimonio principal, como enuncia la (E.M.II) de la L.P.P.D.: “patrimonio especialmente protegido”, frente a los acreedores, que a continuación analizaremos.

5.3. Las ideas doctrinales en relación a la naturaleza jurídica del patrimonio protegido

En un principio la doctrina tiende a la unanimidad de la existencia en diversos defectos en el P.P.²²⁴ Sus diversas causas son, primero, que el

²²³ Al respecto, los autores DÍEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., (1995). *Instituciones de derecho civil*. (Vol.I). Madrid: Tecnos, p. 265, sostienen: “La razón de la separación puede venir impuesta por regímenes especiales de responsabilidad, pero también en atención a formas especiales de gestión y administración”.

²²⁴ Al respecto, la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 202 - 204, señala: “El legislador ha perdido la oportunidad de establecer un mecanismo de gran efectividad para garantizar la satisfacción de las “necesidades vitales” de los beneficiarios del patrimonio protegido” como la limitación de la responsabilidad del patrimonio como señala la autora, “el legislador ha pretendido crear una masa de bienes y derechos independiente del patrimonio general del beneficiario, pero esto no implica de por sí un régimen distinto para la responsabilidad de deudas”.

legislador no tenía claro la construcción del P.P.,²²⁵ y por otro lado el intento de realizar una figura jurídica parecida al Trust²²⁶.

Por otra parte, la doctrina²²⁷ sostiene en la L.P.P.D., que el legislador hubiera podido establecer una limitación de responsabilidad al P.P.

Por lo que, entendemos que el P.P., es un patrimonio separado con unas características especiales como aporta la doctrina entre ellos cabe citar al autor CUADRADO IGLESIAS²²⁸: “que no sucede en los patrimonios

²²⁵ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 379, señala: “ En la propuesta nacida en gran medida de la iniciativa de los particulares, una CEF y CERMI (con importante intervención posterior de la ONCE) se propuso la introducción de una nueva forma de fundación de asistencia singular”.

²²⁶ De esta forma, se pronuncian diversos autores MUÑOZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 3435, sostiene: “La defensa de un patrimonio especialmente protegido, finalidad principal de esta Ley, quedaría verdaderamente protegido con una figura del tenor del trust pueden parecer en efecto ajenos a nuestra mentalidad y a las estructuras de nuestro ordenamiento, pero sistemas, como por ejemplo el italiano, de raíz común a la nuestra, lo ha admitido”. SERRANO GARCÍA, I., (2004). “Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Dicapacidad Intelectual y Derecho, IV Jornadas*. Madrid: Fundación Aequitas. (Granada-23 y 24 de octubre de 2003). Madrid: La llave, p. 189, señala: “Inicialmente lo que se pretendía con la creación del patrimonio protegido era establecer una fórmula similar a la institución del trust en el Derecho anglosajón”. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 83, señala: “Inicialmente conviene destacar que, a falta en nuestro ordenamiento de una institución semejante al trust que sí propicia verdaderamente la defensa de un patrimonio protegido”, aunque parece ser que el legislador huyó de la figura jurídica del Trust, como el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1135, aporta: “Se denomina patrimonio protegido huyendo de la forma anglosajona del trust”.

²²⁷ Al respecto, cabe mencionar entre los autores CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1136, que señala: “La ausencia de limitación de responsabilidad del patrimonio protegido podría generar, en ciertas situaciones, una total desprotección del mismo y, como consecuencia, del propio discapacitado”.

²²⁸ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1136. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., (Coord. Bello Janeiro, D.,) (2005).

separados en general, pero le es aplicable el artículo 1911 C.c.”, por lo que se aplicará la responsabilidad patrimonial universal, a las deudas que generan a los bienes y derechos del P.P., estando separados del patrimonio principal, como aporta el autor LUNA SERRANO²²⁹ : “el aislamiento de los bienes es un elemento protector, estos bienes están sometidos a un régimen de administración y supervisión específico”. A todo esto debemos de partir que el discapacitado a veces es capaz, como se pronuncia el autor SERRANO GARCÍA²³⁰: “se aíslan, dice la Exposición de Motivos, pero cuando se constituye el patrimonio con bienes del propio discapacitado capaz, no hay tal aislamiento, y como constituyente es el propio titular del patrimonio y tiene capacidad no hay porque establecer reglas especiales de administración”. Postura que totalmente no compartimos del autor, puesto que aunque el discapacitado tenga facultad de obrar, y hubiese constituido el P.P., con sus propios bienes, será diferente al patrimonio principal como aportan los autores entre ellos cabe citar a la autora PERÉZ GIMENEZ²³¹ que sostiene: “que los P.P.S., son

“Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del Discapacitado”, en AA.VV., *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, p. 178, sostiene: “que la separación de patrimonios es teoría, dada la aplicabilidad del artículo 1911 del C.c., como responsabilidad universal”.

²²⁹LUNA SERRANO, A., (Coord. Serrano García, I.) (2007). “El patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 101.

²³⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 386.

²³¹ PÉREZ GIMENEZ, M^a. T., (2004). *Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad civil*, Actualidad Civil, n^o 21, primera quincena de diciembre, p. 2545, entendiendo que el patrimonio separado: “despliega todo su campo de actuación desde el punto de vista del objeto, pero sin tal consideración objetiva acarree la absoluta separación del patrimonio personal en el que están inmersos, sino que dado el fin que están llamados a cumplir, hace que el mismo cobre relevancia jurídica de tal magnitud que aparentemente se nos presente como un conjunto de bienes, que o bien se desgaja de su titular o bien merma las facultades

patrimonios separados”. Por lo que, entendemos que es un patrimonio autónomo distinto del patrimonio personal, pero no dejan de tener ambos patrimonios relaciones jurídicas, mediante la aplicación del art. 1911C.c., en ambos patrimonios.

Nuestra conclusión sobre el P.P., está condicionado a la aplicación del art. 1911 C.c., que es para la aplicación de la responsabilidad universal del patrimonio, aunque la L.P.P.D., no contiene ningún artículo en relación a las deudas del P.P.

6. LA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

Como muy bien expresa la (E. M. I.I.) de la L.P.P.D.: “Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tienen personalidad jurídica propia”. Por otro lado, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ²³² entiende que: “la ley es la encargada de atribuir personalidad jurídica a entes o

normales correspondientes al mismo”. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 131.: “Una vez constituido el patrimonio protegido se separa del patrimonio personal”.

²³²GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 120. Por lo que, los autores entienden sobre el concepto de la “fundación”, GARCÍA VALDECASAS, G., (1983). *Parte General del Derecho civil español*. Madrid: Civitas, p. 272.: “La fundación es una organización creada por voluntad unilateral del fundador para servir un fin determinado, a la que el ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica”. PUIG BRUTAU, J., (Dir. Puig Ferriol, L.) (1979). *Fundamentos de derecho civil, Parte general*. (Itomo), (Vol.I.), Segunda parte. Barcelona: Bosch, pps.725-726.: “Esta caracterización de las fundaciones como patrimonio adscrito al cumplimiento de determinado fin permite señalar unos rasgos característicos o delimitadores de este tipo de personas jurídicas, que en buena manera contribuirán a fijar el concepto jurídico de fundación”.

agrupaciones sea personas o bienes, apareciendo de esta forma las personas jurídicas, de carácter institucional fundaciones, como enumera las clases de personas jurídicas el art. 35 C.c.”. Por tanto, entendemos que el autor trata de diferenciar el P.P., de las personas jurídicas. Pues, si la Ley como es en este caso, no personifica al conjunto de bienes constitutivos del P.P., está claro que el P.P., no tendrá personalidad jurídica²³³.

Al respecto, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON²³⁴ se pronuncian sobre la fundación, sobre sus deudas: “responderá ese ente ficticio (la sociedad con personalidad jurídica), nunca su propio patrimonio”. Por tanto, si no existiera la persona jurídica responderían los socios de las deudas de la fundación, de esta forma lo que limita las responsabilidades por las deudas, sería la personalidad jurídica de la fundación.

Por otro lado, pensamos que como no tiene personalidad jurídica el P.P., por el contrario tendrá responsabilidad jurídica por las deudas de su beneficiario²³⁵.

Por lo que, ante esta situación el autor CAPILLA RONCERO²³⁶ sostiene en su pregunta: “Si en el ordenamiento español la atribución de

²³³Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 120, entiende: “El patrimonio protegido es un figura de creación, legal, si bien será la voluntad de los sujetos privados- o, en su caso, una Resolución Judicial- la que determine su nacimiento y qué bienes queden adscritos al mismo. Si la Ley, como es este caso, no personifica al conjunto de los bienes constitutivo del patrimonio protegido, es claro que el mismo no tendrá personalidad jurídica”.

²³⁴ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., *Instituciones de derecho civil I*. Op. Cit., p. 375.

²³⁵ Por lo que, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 89, señala: “Pues, a diferencia de lo que sucede con carácter general en la señalada variedad patrimonial, el patrimonio especialmente protegido pasa a integrar el sustrato patrimonial del beneficiario que responderá del cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona con discapacidad”.

personalidad jurídica comporta la autonomía patrimonial, como sinónimo de responsabilidad limitada, hay que responder, con base en los textos positivos, con una rotunda negativa: no necesariamente. Lo cual no obsta a que haya supuestos personificados en los que tal limitación sí se dé: y expone los ejemplos de las sociedades anónimas o sociedades limitadas, (en las que poseen personalidad jurídica y son responsables los socios según sus cuotas de participación)”, y como señala, “el grado y el alcance de la separación es otra cuestión diferente que debe ser resuelta caso por caso”, puesto que el autor expresa el énfasis en la atribución de un patrimonio separado, respecto de los otros patrimonios personales de los sujetos implicados, como habíamos mencionado antes.

Por tanto, las personas jurídicas como las sociedades anónimas o sociedades limitadas responderán por sus deudas los socios, mientras que en el P.P., responde de las deudas que se generan en el mismo. Por otro lado, existen figuras jurídicas que sin tener personalidad jurídica propia responden por sus deudas, en este caso cabe mencionar al Trust²³⁷.

Por otra parte, como señala el autor PUIG BRUTAU²³⁸ en la persona jurídica de la fundación: “la vinculación supone en esencia la voluntad de perpetuar un patrimonio en una serie indefinida de sucesores de los sucesores adquiere la propiedad de los bienes pero sin disponer de los

²³⁶CAPILLA RONCERO, F., (1984). *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos, p. 105.

²³⁷ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “TRUST” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “CIVIL LAW”*. Op. Cit., p. 140, señala: “Al igual que a través del instituto anglosajón se crea una masa patrimonial carente de personalidad jurídica, cuya administración puede encomendarse a un tercero distinto del sujeto discapacitado y que no responde entonces de las deudas personales contraídas por quien tiene encomendada su administración”.

²³⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil I*. Op. Cit., p. 726.

mismos”, refiriéndose el autor que pueden ser propiedad de ellos, pero no para su propio beneficio, por lo tanto nos da la idea de que no sería un patrimonio separado respecto de sus bienes, pero la fundación respondería de sus propias deudas.

Por otro lado, lo que vincula al P.P., con la fundación es su finalidad, es obvio que cada fundación tiene una finalidad a perseguir, como pone de relieve el autor PUIG BRUTAU²³⁹: “la persona jurídica, de suerte que el “substratum” de las mismas se centra en un patrimonio o masa de bienes adscritos al cumplimiento de determinados fines”.

Por tanto, entendemos que la figura jurídica del P.P., no tiene personalidad jurídica, y no existe ningún artículo referente a las deudas que deba responder el P.P., como habíamos mencionado anteriormente, lo que nos consta que es un elemento que genera confusión a efectos de la responsabilidad por deudas. Al respecto, la autora PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO²⁴⁰ aporta: “Esta excepcionalidad se justifica en atención a la preocupación del legislador por mantener en su plenitud la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial universal,

²³⁹PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil I*. Op. Cit., p. 725. Por lo que, intenta diferenciar al P.P., de las fundaciones la autora PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., (2005). *Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores*. Madrid, Informes Portal Mayores, nº 42, 01/11/2005, www.imsersomayores.csis.es/documentos/documentos/perez-protección-01.pdf (consultado en 27 de mayo de 2012) p. 8, sostiene: “De esta forma se ha pretendido diferenciar entre este patrimonio constituido a los efectos de garantizar la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, y aquellos otros supuestos en los que la adscripción de una masa patrimonial a un fin de interés general, como es el caso de las fundaciones, justifica la atribución de la personalidad jurídica para garantizar el efectivo cumplimiento de la finalidad que preside la formación”.

²⁴⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores*. Op. Cit., p. 5.

consagrado en el art. 1911C.c., que podría verse vulnerado al permitir deslindar en el patrimonio del posible deudor una masa de bienes inmune a la acción de los acreedores”.

Por lo que, ante esta situación nuestra pregunta es que figura es más importante, ¿la persona con discapacidad o los acreedores del P.P.? Al respecto, podemos mencionar de forma analógica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprueba el texto refundido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²⁴¹, dispone en su art. 8-b): “Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales”²⁴² que a su vez en el art. 65 del mismo cuerpo legal señala: “Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Por tanto, como estamos viendo nuestras normativas intentan proteger a las personas que tengan un grado de discapacidad. Por lo que, nos lleva

²⁴¹ B.O.E. 30 noviembre 2007, núm. 287, (pág. 49181).

²⁴² Tenemos que tener en cuenta que anteriormente existía la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. B.O.E. 24 de julio, núm. 176. Derogada por disp. derog. Única. 2 del Real Decreto 1/2007 de 16 de noviembre. RCL\2007\2164. Desde este punto debemos constatar que convergen las dos normas sobre la protección de los Consumidores y Usuarios, manifestándose en la S.T.S. 16 de noviembre, núm. 776/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) RJ 2010/105, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “responsabilidad civil, por el contagio de una enfermedad y su desarrollo cirrosis hepática. Aclarando en relación del artículo 19 señala: “Se fomentará la formación continuada del personal de los Organismos, Corporaciones y Entidades, públicos y privados relacionados con esta Ley, especialmente de quienes desarrollan funciones de ordenación, inspección, control de calidad o información”. Recurso casación Quinto “Y por entender que recurrida BAXTER actuó negligentemente al haber infringido el deber de información en el prospecto del producto Gammagard, configurado como un derecho para los consumidores en la ley para la defensa de los mismos”. Por lo que, esta persona adquirió un grado de minusvalía.

a pensar sí realmente nuestro Derecho Común, en concreto el Derecho civil y su Derecho patrimonial, siempre se han satisfecho las deudas por medio del art. 1911 C.c., como responsabilidad universal patrimonial. Por lo que, nos lleva a la idea sí solamente podrán afectar a las deudas del P.P., o, por el contrario el acreedor o acreedores podrán dirigirse contra el P.P., o, al patrimonio principal del discapacitado.

6.1. La responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil y sus efectos en el patrimonio protegido

Como dispone el art. 1911C.c., sobre la responsabilidad del deudor, es de aplicación a las responsabilidades en el patrimonio universal. A tal efecto, los autores DIEZ-PICAZO y GULLÓN²⁴³ diferencian: “la existencia en la obligación de dos elementos distintos: puesto que entienden toda obligación comprende- se dice-, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda indica el deber de realizar una prestación y la responsabilidad es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor, por lo que goza éste de un poder de agresión sobre el patrimonio, para la satisfacción forzosa de su interés (art. 1911C.c.)”.

Por otro lado, sobre el concepto genérico de la obligación el autor PUIG BRUTAU²⁴⁴ entiende que: “puede definirse la obligación como

²⁴³DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., (2001). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol.II) (9ª Ed.).Madrid: Tecnos, p. 120.

²⁴⁴ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil II*. Op. Cit., pps. 11-14-15.

derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación garantizada con todo el activo patrimonial del obligado”, el mismo autor atiende a los bienes presentes y futuros, que se contemplan en el art. 1911C.c., del mismo modo señala el autor, “si el deudor no cumple, el acreedor prescindirá de su actitud personal y se dirigirá contra su patrimonio”.

En sus antecedentes históricos sigue pronunciándose el mismo autor, “en los dos sistemas (Derecho romano y Derecho germánico) del derecho de crédito nació bajo la forma de un derecho de dominación, primero sobre la persona y después sobre los bienes del obligado²⁴⁵. De este modo inicialmente tenía potestad el acreedor sobre la persona del deudor, y posteriormente en la actualidad el acreedor tiene potestad sobre los bienes del deudor, es obvio que en el estado moderno en que estamos es un poder coercitivo, para la obtención del crédito sobre el patrimonio del deudor por medio de cauces legales, a los que podemos denominar responsabilidad patrimonial universal.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta las funciones que tiene encomendadas el art. 1911 C.c., en el patrimonio a efectos de responsabilidad patrimonial²⁴⁶. Al respecto, sobre sí el patrimonio es la

²⁴⁵ Al respecto, el autor VOLTERRA, E., (1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Traducción, prologo y notas a la edición española de Daza Martínez J., Madrid: Civitas, pps. 229 - 230, señala: “La Ley de las XII Tablas habla de la ejecución del juzgado (deudor). Sin embargo en el capítulo 61 de la Lex Colonie Generative Iuliae del año 44 a. C., se encuentra mencionada la posibilidad de llevar consigo mismo al deudor, aunque no venderlo o matarlo. Según algunos autores con el paso del tiempo el acreedor habría tenido sólo la posibilidad de obligar al deudor prisionero a trabajar para él sin retribución, hasta que quedara satisfecho su crédito. La lex Poetilia Papiria, quizás del año 326 a. C., parece que eliminó la prisión por deudas incluso en relación al condenado”.

²⁴⁶ Por lo que, cabe mencionar D. G. R. N. (Propiedad) Resolución de 22 de febrero 1989 RJ 1989\1696, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “La responsabilidad universal patrimonial tiene evidente

garantía de los acreedores, el autor PUIG BRUTAU²⁴⁷ sostiene: “en virtud del art. 1911 C.c., el patrimonio del obligado responde en caso de incumplimiento, pero es necesario abstenerse de eludir aquí a la noción de garantía, pues, en sentido técnico, ésta no existe. Si en relación con tal precepto se emplea alguna vez la palabra garantía, ha de entenderse en el sentido de solvencia del deudor y como posibilidad de ejecución del deudor”. Por lo que, el autor YÁGÜEZ²⁴⁸ aporta: “que el art. 1911 C.c., aclara la responsabilidad patrimonial y constituye el remedio último o in extremis con el que cuenta el acreedor, en tanto el cumplimiento específico no se haya alcanzado”.

Por tanto, la responsabilidad patrimonial universal deriva en la ejecución del patrimonio del deudor, siempre es por medio de la autoridad judicial a la que le compete el asunto, regulado por la L.E.C., en sus arts. 517 y s.s.

Por lo que, como anteriormente el autor PUIG BRUTAU²⁴⁹ denominaba: “garantía, ha de entenderse en el sentido de solvencia del

función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma (parece señalar el límite en que la situación económica del deudor permite excepcionar el artículo 1911 de Código Civil); esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligatoria al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico”.

²⁴⁷ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil II*. Op. Cit., p. 20.

²⁴⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., (Coord. Sierra Gil de la Cuesta, I., (2000). *Comentarios al Código Civil. Comentarios al artículo 1911*. Barcelona: Bosch, p. 191.

²⁴⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil II*. Op. Cit., p. 20.

deudor”. Por tanto, se derivará en un procedimiento judicial, para cobrar sus créditos el acreedor²⁵⁰.

Por otro lado, el acreedor podrá actuar sobre todos los bienes y derechos del deudor según el art. 1911 C.c., por tanto sobre la legitimidad del patrimonio universal del deudor. Al respecto, cabe decir que se establecen unos bienes que le son inembargables al deudor²⁵¹, y tendrá que

²⁵⁰ Al respecto, cabe mencionar S. T. S. 12 de marzo 1984 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso) RJ 1984\1216, en su Considerando Cuarto, señala: “ Conforme al básico art. 1911 de C. Civ., “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”, afectación que no sólo se manifiesta en trance de ejecución forzosa, sobre el patrimonio del deudor cuando el mismo incumple las obligaciones sino que significa también que dicho patrimonio responde directamente del cumplimiento y de ahí el interés de mantenerlo indemne; y a esa finalidad se atiende, aparte otros medios, mediante las acciones del art. 1111 del C. Civ., que si coinciden en tener una misma “ratio” que paralelamente se manifiesta en algunos aspectos y principalmente en el de ofrecer un común carácter subsidiario, conforme al cual se exige con anterioridad a su ejercicio “haber perseguido, los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto a los acreedores se les debe” y que se reitera en el art. 1294 prohibitivo de que no se ejercite “sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”, con todo, se distinguen por estar sujetas a regímenes distintos”. Por otra parte, existe el elemento de subsidiariedad, como bien afirma la anterior S.T.S, que se ha mencionado, siendo más explícita la S.T.S. 13 de mayo, núm. 411/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán) RJ 2004\2755, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “La acción rescisoria viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 del Código Civil, habiendo reiterado la doctrina de esta Sala, que dicho cuerpo legal queda a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado, Exige, a modo de precedente fáctico-legal necesario, que se cumplan las previsiones de artículo 1111 del Código Civil, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en una actuar defraudatorio concebido y ejecutado con indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor”.

²⁵¹ En este sentido, cabe mencionar D.G.R.N. (Propiedad) Resolución 22 de febrero 1989 RJ 1989\1696, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “que la misma ley misma al establecer la inembargabilidad de ciertos bienes”, refiriéndose por analogía a la L.E.C., en sus actuales arts. 605 y s.s. Desde el punto de las disposiciones limitativas en relación al patrimonio universal, cabe citar la S.T.S. 10

actuar el acreedor por los medios que determine la L.E.C. Al respecto, cabe señalar que existen limitaciones en los patrimonios separados, como claro ejemplo la herencia a beneficio de inventario en la que primero perciben los acreedores, y a posteriori lo que queda de la herencia la perciben los herederos, y siguiendo adicionalmente sobre las prohibiciones de disponer cabe señalar el pronunciamiento de la D.G.R.N., (Bienes muebles) Resolución 20 de marzo 2004 RJ 2004\2391, en su Fundamento de Derecho Primero Único, expone: “Se entiende por tanto, tal y como ya se estableció este Centro Directivo en Resolución de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1689), que las prohibiciones de disponer (y la prevista en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento sin duda lo es) constituyen una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 C. c., en el que se proclama un principio básico de la organización jurídica vigente. Y este principio, junto con la jerarquía normativa implica que es competencia exclusiva de la Ley el establecimiento de todo supuesto de excepción, que además debe ser objeto de interpretación estricta.

Por su propia naturaleza y trascendencia del precepto, las excepciones al citado artículo 1911 C. c., deben establecerse de modo puntual y preciso, sin que pueda admitirse una autorización genérica a la voluntad privada para establecer cuantas excepciones convengan a cada situación en

de febrero, núm. 95/1993 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres) RJ 1993\1453, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “El básico principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el art.1911 C.c., comprende todos sus bienes, como regla general, y los requisitos que, como sucede en este caso, puedan exigirse para la disposición sobre los mismos no significan exclusión absoluta de aquellos que se vean afectados por la limitación dispositiva, sino únicamente que habrán de cumplirse para hacer efectivas sobre tales bienes las responsabilidades contraídas”.

particular, ya que ello desvirtuaría el alcance del principio de responsabilidad patrimonial universal”.

Nuestra opinión sobre este punto que hemos estudiado entendemos que primero las deudas tienen que ser satisfechas como elemento importante de la responsabilidad patrimonial universal, y, segundo la Ley limita a que bienes o derechos debe actuar, según cada circunstancia, por tanto el art. 1911 C.c., debe amoldarse a cada elemento en las situaciones que se encuentra la persona.

Al respecto del P.P., y su responsabilidad patrimonial en la L.P.P.D., no se pronuncia en su finalidad ya que como dice la (E.M.II.) de la L.P.P.D., es: “un patrimonio especialmente protegido”, y su función es la de salvaguarda de las necesidades básicas o vitales de la persona con discapacidad, con la necesidad de que la norma tendría que tener personalidad jurídica, como las fundaciones que hemos visto.

Por otra parte, cabe señalar que el régimen de administración y supervisión no es muy claro²⁵², a no ser que la persona discapacitada sea la que constituya el P.P.

Por otro lado, debemos soslayar que sí el P.P., es un patrimonio separado, sin ánimo de perjuicio de los acreedores, reforzaría más su actuación a favor de la persona discapacitada. Por tanto, debemos pensar en la responsabilidad del P.P., frente a los acreedores, lo primero sería que el acreedor actuará indistintamente contra ambos patrimonios tanto en el

²⁵² Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., (2004). *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*. Revista Jurídica del Notariado, nº 52. Octubre- diciembre, p. 250, expone: “al no haber atrevido el legislador a modificar el artículo 1911 C.c., el P.P., sólo tiene unas reglas especiales de administración y supervisión”.

P.P.,²⁵³ como en el patrimonio principal, y lo segundo sería que el acreedor actuará de forma subsidiaria ya que en el patrimonio principal sino tuviera suficiente actuaría sobre el P.P., o, inversa, aunque cualquiera de los dos patrimonios se hubiera creado la deuda²⁵⁴, y la última posibilidad sería que el acreedor actuará sobre el patrimonio que hubiera generado la deuda²⁵⁵, puesto que entendemos que esta última formulación sería más favorable para la persona discapacitada.

6.2. La responsabilidad solidaria entre el patrimonio personal y el patrimonio protegido

Como se había pronunciado MESSÍA DE LA CERDA²⁵⁶: “la aplicación del principio general de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 C.c., del cual se deduce la responsabilidad indistinta de las

²⁵³ Al respecto, el autor MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, A. J., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 657, sostiene: “El establecimiento de la separación requiere, obviamente, un pronunciamiento legal expreso que rompa con la aplicación del principio general de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 C.c., del cual se deduce la responsabilidad indistinta de las masas patrimoniales de un mismo sujeto, siempre que nada especial se ha establecido al respecto”.

²⁵⁴ En este sentido, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1136, aporta: “Entendemos que debería haberse establecido un régimen específico de responsabilidad con carácter general y subsidiario respecto del patrimonio con carácter general de la persona con discapacidad”.

²⁵⁵ Como sostiene, el autor SEDA HERMOSIN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 30.: “que no exista separación absoluta en el plano de la responsabilidad patrimonial, entre el patrimonio personal y el P.P., no significa sin más que exista absoluta comunicación por deudas, sino tratamiento diferenciado de ellas”.

²⁵⁶ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, A. J., “Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 657.

masas patrimoniales de un mismo sujeto, siempre que nada especial se ha establecido al respecto”. Por lo que, deducimos que las deudas generadas por la persona con discapacidad, podrán efectuarse contra ambos patrimonios.

Por otra parte, tenemos que aclarar que las deudas que se generan en el P.P., son las derivadas de las necesidades de la persona discapacitada. Lo que no pueden incluirse las deudas del propio administrador en el patrimonio de la persona con discapacidad, pues de esta forma se actuaría con mala fe²⁵⁷.

Por lo que, los acreedores personales del administrador²⁵⁸ del P.P., o, las personas que en su día aportaron o aportan bienes, no pueden ir contra el P.P. Por lo contrario quedarían indefensos los acreedores, si la deuda se hubiera constituido antes de constituirse el P.P., o, incluso los bienes de los aportantes tuvieran gravámenes en el momento de la aportación, o antes, cosa que nos parece una cuestión casi imposible, puesto que el P.P., sirve para proteger a la persona discapacitada, y si contrae las deudas en el momento de la constitución los acreedores tendrán que ejercitar las acciones judiciales pertinentes, pudiéndose dirigirse los acreedores contra

²⁵⁷ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1144, señala: “Los constituyentes del patrimonio, en este caso, están obligados a establecer, dentro de las reglas de la administración que se establezcan en el documento público, la previsión de autorización judicial obligatoria, en los mismos supuestos en que el tutor se le requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 C.c., o, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de Derecho civil, foral o especial que fueran aplicables”.

²⁵⁸ En este sentido, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1143, señala: “La Ley 41/2003 regula no solo los actos de gestión ordinaria de los bienes y derechos que los componen, sino actos de dispositivos, porque puede corresponder su ejercicio a quien constituya el patrimonio”.

las dos masas patrimoniales como hemos mencionado aplicando el art. 1911 C.c., por el principio de responsabilidad patrimonial universal.

6.3. La responsabilidad subsidiaria entre el patrimonio protegido y el patrimonio principal

En este caso, sobre la responsabilidad subsidiaria entre el P.P., y el patrimonio principal, entendemos que actuará el acreedor contra el patrimonio que generó la deuda y en su caso, sino hubieran suficientes bienes o derechos, se actuará contra el otro patrimonio (en este caso puede ser el patrimonio principal) para satisfacer sus deudas. Al respecto, el autor SEDA HERMOSIN²⁵⁹ entiende: “de las deudas y responsabilidades del patrimonio contraídas en la gestión, administración y explotación del P. P., responde primero este el patrimonio separado y, subsidiariamente el Patrimonio General (personal), y siempre al tiempo de extinguirse el P. P., si los bienes no se confunden con el Patrimonio General (personal)”.

Por tanto, como comentamos anteriormente pueden existir patrimonios de gasto, pues esto mermaría las necesidades de la persona con discapacidad a diferencia si fuese un patrimonio de ahorro, en el que existirían menores dificultades, así aún atendería el P.P., a la persona con discapacidad.

Por lo que, entendemos que las deudas creadas en el P.P., son causa de su mala administración y explotación bien sea la propia persona con

²⁵⁹SEDA HERMOSIN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 30.

discapacidad (con capacidad de obrar) o sus representantes legales, como también lo aporta el autor SEDA HERMOSIN²⁶⁰: “las deudas y responsabilidades que se contraen por la gestión, administración y explotación del P.P., teniendo que responder primero éste y con carácter subsidiario el patrimonio general (personal), con la posibilidad del derecho de reintegro que pueda existir, y añade, el segundo elemento que señala las deudas que se contraigan por medio de las personas con discapacidad o en su caso por sus representantes legales, que no mantengan relación con los bienes, ni con el P.P., respondiendo primero el patrimonio general(personal) y en su caso el P.P., pues en su caso resultaría burlado el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 C.c., sin disposición legal que lo permita”.

Por otra parte, el autor MESSÍA DE LA CERDA ²⁶¹ sostiene: “quizás hubiese sido mejor la adopción de un esquema de prelación crediticia que permitiese el mantenimiento, siquiera parcial, de los fines de este patrimonio especial, mediante el establecimiento de una preferencia de cobro para los acreedores de la persona con discapacidad por deudas derivadas de actos de ejecución de dichos fines”. Por lo que, estamos a favor de la postura del autor, por la sencilla razón que habría sido mejor que el legislador hubiera constatado una preferencia especial de cobro, pues de lo contrario puede afectar a las necesidades de la persona con discapacidad, teniendo en cuenta que el titular del P.P., es la persona discapacitada, por este motivo los acreedores que tengan que dirigirse a él, aunque los acreedores pertenezcan a la persona que haya constituido el

²⁶⁰SEDA HERMOSIN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., pps. 30 - 31.

²⁶¹ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, A. J., “Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 661.

P.P., y sus aportantes, ya no son sus titulares del patrimonio de esta forma se protege a las terceras personas que han actuado con buena fe, que es la persona con discapacidad.

6.4. La incomunicación de las deudas entre ambos patrimonios

Nos encontramos con el dilema que en la L.P.P.D., no expresa la incomunicación por las deudas como entiende la autora GARCÍA PÉREZ²⁶²: “puesto que el régimen de responsabilidad por deudas propias, si bien la autonomía en este aspecto del P.P., es imperfecta pues no se establece un régimen de incomunicación de responsabilidad con el patrimonio personal”. Por otro lado, sí podríamos emplear en el P.P., una forma a la que daría pie la aplicación como la configuración de la rigidez, de esta forma evitaríamos que no se perjudique a los acreedores, como reforzar la supervisión de la administración y control del P.P., y por tanto que cumpla su finalidad en la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad.

Por otra parte, estaríamos a favor de un P.P., de ahorro y no solamente de gasto, pues si fuera sólo de gasto se podría vaciar el patrimonio del discapacitado y el patrimonio personal, y su limitación de la responsabilidad, a su vez afectarían a los acreedores y a todo el P.P., por lo que no se tendrían que pagar sus deudas que se hubieran originado, con la conclusión que el P.P., actuaría para proteger al discapacitado y los

²⁶² GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 131.

problemas que puede tener su patrimonio, otra cosa sería la dificultad que puedan tener los acreedores en sus intereses en el patrimonio.

Al respecto, el autor LUNA SERRANO²⁶³ aporta que: “debemos de recordar que el art. 606.1º de la L.E.C que señala son “Bienes embargables del ejecutado.- Son también inembargables: 1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su Familia, en lo que no pueda considerarse superfluo.

En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del Tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependiente puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia”, y por lo que atendiendo a lo expuesto por el autor no declara como inembargable el P.P., por parte de cualquier acreedor, no obstante al estar vinculado el P.P., a la finalidad de la satisfacción de la persona con discapacidad, pero sí se atiende el art. 606.1º de la L.E.C., que señala: “Cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por cualquier otro modo, presenten al tribunal los títulos que justifiquen esta situación”. Por lo que, entendemos que siempre son alegables ante el Tribunal, los bienes de la persona discapacitada que son imprescindibles, para la satisfacción de sus necesidades. Por tanto, se intenta dar conciencia de la finalidad del P.P., y la cobertura que ofrece a la protección, aunque entendemos que es mínima en la persona discapacitada y su familia.

Al respecto, el autor GÓMEZ GÁLLIGO²⁶⁴, sostiene: “siempre es posible establecer convencionalmente esta limitación en el momento del

²⁶³ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., p. 100.

²⁶⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, J., (2006). “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado”, en AA.VV., *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales*

otorgamiento de la escritura de constitución del P.P. De forma análoga a lo previsto en el artículo 1807 C.c., cabría prever entre las reglas de constitución, administración y disposición, la no sujeción de tales bienes a otras obligaciones o deudas que las contraídas con arreglo al régimen específico del P.P., y si está integrado por aportaciones de terceros, que estuvieran exentas de responsabilidad por cualquier deuda del discapacitado”. Aunque señala R.G.R.N., es contraria a esta interpretación admitiendo la posibilidad de anotaciones de embargo sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, considerando el principio de responsabilidad universal del art. 1911C.c.,²⁶⁵ por otro lado atiende más a la procedencia externa de los bienes, y al principio de protección del discapacitado, pues justificarían una excepción a esa doctrina de la D.G.R.N., que supuso un cambio radical de su tradicional posición.

Por lo que, consideramos que el contenido del P.P., tendría que ser muy parecido a los bienes inembargables, los bienes necesarios para la subsistencia de la persona discapacitada, quedando claro que las deudas siempre tienen que ser satisfechas por el deudor y que entra en juego los

de la protección de las personas con discapacidad. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, pps. 57 - 59.

²⁶⁵ Por lo que, como habíamos anteriormente expuesto sobre la inembargabilidad de ciertos bienes, admite en cierta medida la resolución de la D.G.R.N. (Propiedad) Resolución 22 de febrero 1989 RJ 1989\1696, en su Fundamento de derecho Tercero, señala: “que la misma Ley misma establece la inembargabilidad de ciertos bienes”, refiriéndose a la L.E.C., en sus actuales arts. 605 y s.s., y siguiendo adicionalmente el autor LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado.* Op. Cit., p. 100, sostiene: “Debemos de recordar que el art. 606.1º de la L.E.C que señala son “Bienes embargables del ejecutado.- Son también inembargables: 1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su Familia, en lo que no pueda considerarse superfluo.

En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del Tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependiente puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia”.

intereses del acreedor, pues tiene todo su derecho a ser satisfechos. Lo que si tenemos que tener en cuenta es la posible mala gestión del administrador del P.P., que mermará en las necesidades básicas de la persona discapacitada. Por lo que, entendemos que el P.P., tendría sólo que responder por las deudas que el mismo generará, como es obvio se tendría que realizar una reforma de la L.P.P.D.

Por otra parte, opinamos que el P.P., se tiene que destinar a las necesidades de la persona discapacitada, sería incoherente defender la incomunicación de las deudas de ambos patrimonios, lo que no protegería a la persona discapacitada y sería inviable, dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, con la conclusión que esto se podría sustanciar por medio de un reconocimiento de la norma, como la restricción del P.P., dirigido a las necesidades de las personas discapacitadas, el reforzamiento del control y su supervisión.

7. EL TRUST COMO ALTERNATIVA AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Tras la aprobación de la L.P.P.D, los juristas han entrado a debatir sobre la figura jurídica del Trust para su posible introducción en nuestro país.

Gran parte de juristas han dado una gran singularidad en el estudio de esta institución²⁶⁶. Aplicándose esta figura jurídica en el ámbito

²⁶⁶ Citando algunos autores: MARTÍN SANTISTEBAN, S., (2004). *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*.

internacional para la protección de las personas con discapacidad con el nombre trusts for disabled²⁶⁷, incluso en nuestros países vecinos, como Italia que adoptó esta institución, en su Ordenamiento Jurídico²⁶⁸.

Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612 (Comentario). Pamplona: Aranzadi. MARTÍN SANTISTEBAN, S., (2005). *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de "civil law"*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. Para tener una visión más profunda del trust vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., (1997). *El trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Bosch: Barcelona, *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*. (Coord. Nasarre Aznar, S., Garrido Melero, M.). (2006). Colegio Notarial de Cataluña, Madrid y Barcelona: Marcial Pons. DE ARESPACOCCHAGA, J., (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Paracuellos del Jarama (Madrid): Marcial Pons. ARROYO i AMANUELAS, E., (Dir. Arroyo i Amayelas, E.). (2007). *El Trust en el Derecho Civil*, (1ª Ed.). Barcelona: Bosch. CORTÁZAR LORENTE, C., (Dir. Arroyo i Amayelas, E.) (2007). "Trust y empresa familiar", en AA.VV., *El Trust en el Derecho Civil*. (1ª Ed.). Barcelona: Bosch. VIRGOS SORIANO, M., (2006). *El trust y el Derecho Español*. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. PERRIN, J., (2006). *Le trusts à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*. Genève (Switzerland): Librairie Droz.

²⁶⁷ Como bien indica la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de "civil law"*. Op. Cit., p. 49, al aportar: "La clasificación tradicional que se suele hacer a los trusts- además de la referencia de los fines perseguidos: trusts mortis causa, trust for sale, trusts for disabled, charitable trusts, pension trusts, security trusts, entre otros".

²⁶⁸La autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612 (Comentario). Pamplona: Aranzadi, p. 1, aporta: "Tras la entrada en vigor del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, en dicho país (Italia), la jurisprudencia italiana se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la admisibilidad de trust constituidos en beneficio de personas con discapacidad, incluso cuando el único elemento de extranjería radica en la elección de la ley aplicable al trust. Entre los primeros, la sentencia del tribunal de Milán de 20 de octubre de 2002 (Trust e attività fiduciare. 2003, pgs. 265-269) y la del tribunal de Bolonia de 1 de diciembre de 2003 (disponible en www.il-trust-in-italia.it). Ejemplos de trust constituidos en beneficio de personas con discapacidad los encontramos en los casos resueltos por decreto del tribunal de Pisa de 22 de diciembre de 2001 (Trust e attività fiduciare, 2002, pgs.241-243), por decreto del tribunal de Milán de 29 de octubre de 2002 (Trust e attività fiduciare. 2003, pgs. 270-271) y del Tribunal de Verona de 8 de enero de 2003(Trust e attività fiduciare. 2003, pgs. 409-410).

Por tanto, el haber adoptado esta figura jurídica, hubiera favorecido a la limitación de responsabilidades entre ambos patrimonios, el patrimonio principal y el P.P., de la persona discapacitada, por esta causa han sido muchos los juristas que están a favor de su aplicación.

Por lo que, como sea había mencionado anteriormente el legislador, al momento de elaborar la L.P.P.D, tenía la idea de la estructura del Trust²⁶⁹.

Por otra parte, su aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico es complicada, aunque gran parte de nuestra doctrina está a favor de su aplicación defendiendo la aplicación del Trust en nuestro país.

Al respecto, la autora SANTISTEBAN²⁷⁰ define: “el trust de common law consiste en una relación fiduciaria en virtud de la cual un sujeto llamado trustee, a quien le son atribuidos los derechos y poderes de un auténtico propietario (o legal owner), gestiona un patrimonio con una finalidad preestablecida, lícita y no contraria al orden público”. Con más claridad definen el Trust en interés de la persona, el autor SORIANO²⁷¹ define la estructura del Trust: “Consiste en la transferencia de la propiedad de un bien de una persona (el fundador o constituyente) a otra (el trustee), mediante un acto jurídico por efecto del cual el trustee adquiere la propiedad de ese bien sujeto a la obligación legal de administrarla y

²⁶⁹ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., “Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 189, entiende: “Inicialmente lo que se pretendía con la creación del patrimonio protegido era establecer una fórmula similar a la institución del trust en el Derecho anglosajón”.

²⁷⁰ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., pps. 34-35.

²⁷¹ VIRGOS SORIANO, M., (2006). *El trust y el Derecho Español*. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p.22.

disponer de ella en interés de otra persona (el beneficiario) o de un objetivo determinado”, y siguiendo adicionalmente el autor CORTÁZAR LORENTE²⁷² entiende cómo actúa el Trust: “refiriéndose a las relaciones creadas por una persona (el constituyente o settlor) cuando en virtud de un acto inter vivos o mortis causa²⁷³ coloca bienes bajo control de otra persona (el trustee) en interés de un beneficiario o con un fin determinado”. Por lo que, demuestran en estas dos últimas concepciones del Trust, el interés que ofrece esta figura jurídica a favor de la persona, que en su caso puede ser una persona mayor, o, discapacitada.

Por otra parte, existen diferentes modalidades de Trust, en cada país aplicándolo a su Ordenamiento Jurídico correspondiente²⁷⁴. Por lo que, a efectos internacionales existe una norma que es la base de la aplicación del Trust, en este caso el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, sobre la “ley aplicable al trust y su reconocimiento”, que establece reglas aplicables a Europa los Principles of European Trust Law, publicado en 1999, por tanto ofrece reglas para su desarrollo en los países europeos, que deseen implantar la figura jurídica del Trust²⁷⁵, pues existen problemas que surgen en la adaptación del Trust anglosajón y en los sistemas del Civil Law²⁷⁶.

²⁷² CORTÁZAR LORENTE, C., (Dir. Arroyo i Amayelas, E.,) (2007). “Trust y empresa familiar”, en AA.VV., *El Trust en el Derecho Civil*. (1ª Ed.). Barcelona: Bosch, p. 520.

²⁷³ Debemos decir que la figura del Trust, tiene múltiples funciones jurídicas, en este caso, se refiere a la función testamentaria.

²⁷⁴ Al respecto, el autor SERRANO DE NICOLÁS, A., (Dir. Arroyo i Amayelas, E.,) (2007). “Trust y Derecho de sucesiones”, en AA.VV., *El Trust en el Derecho civil*. (1ª Ed.). Barcelona: Bosch, pps. 60 - 61, señala: “la falta de un concepto unitario de trust no impide, de modo genérico y meramente aproximativo, poderlo describir como relación jurídica constituida en virtud de un acto de destinación”, pone como ejemplos el sistema inglés y el E.E.U.U. y el internacional (en realidad, propio de cada país que lo ha regulado) y el trust amorfo, o mera estructura adaptable, del Convenio de La Haya de 1985”.

²⁷⁵ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 41, expresa: “Con este

Por otra parte, el autor CORTÁZAR LORENTE²⁷⁷ intenta demostrar los puntos comunes en los trusts, dada la diferencia en cada Ordenamiento Jurídico, estos son:

“a) La disociación subjetiva entre la gestión de los bienes y el beneficiario de la ventaja económica que estos procuran.

b) La transmisión de bienes a otro patrimonio (ya sea autónomo, separado o, acaso, único).

c) La existencia de una persona de confianza que administra con amplios poderes el patrimonio a favor de terceras personas, o para la consecución de los fines.”

Además, el mismo autor señala el éxito de la difusión de la institución del Trust, por las siguientes características:

objetivo el texto de los Principes, publicado en 1999, ofrece reglas que puedan servir como referente a aquellos estados que decidan desarrollar legislativamente la figura, como guía a los prácticos que deban interpretar instituciones afines, y como reglas subsidiarias a las que a las que puedan remitirse los contratantes”.

²⁷⁶ En este sentido, el autor CÁMARA LAPUENTE, S., (Coord. Nasarre Aznar, S., Garrido Melero, M.,) (2006). “Breve compendio geo-conceptual sobre trusts”, en AA.VV., *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*. Colegio Notarial de Cataluña, Madrid y Barcelona: Marcial Pons, p. 38, señala: “ las diferencias que existen entre el trust originario y su cambio en la regulación de Convenio de La Haya: a) la no existencia de la doble propiedad en el trust en su forma estricta: lo que genera en si es la transmisión a un patrimonio separado no pudiendo ir contra él los acreedores, ni la persona que constituye el trust, ni el fiduciario, con el reconocimiento de derechos reales sobre los beneficiarios, b) Solamente se reconoce el express trust (con la existencia de dos clases de trusts en el Comm Law; los express trust, que son aquellos que se constituyen por la voluntad del constituyente y que vienen impuestos por la ley su constitución y los constructive trust, que son creado por un tribunal), c) la constitución tiene que acreditarse del trust o por medio de escrito d) Se admiten los purpose trust (su características es la satisfacción de un fin concreto, pero el beneficio de las personas), destinándose a una finalidad, estando prohibido en el Derecho inglés con la excepción de su finalidad de caridad”.

²⁷⁷ CORTÁZAR LORENTE, C., “Trust y empresa familiar”. Op. Cit., pps. 518 - 519.

“a) Separación de patrimonios. La principal característica del Trust es que se trata de una figura que favorece la constitución de uno o más patrimonios separados.

b) La flexibilidad. Lo cierto es que la consabida estructura del Trust conlleva tres partes (fundador o constituyente, trustee o gestor fiduciario y beneficiario), no conlleva necesariamente que todas ellas deban ser ocupadas por personas distintas sino que, generalmente, se admite que puedan ser personas físicas o jurídicas, que una misma persona pueda estar en más de una de dichas figuras jurídicas, que puedan existir varias personas dentro de una misma categoría o, incluso que una misma persona pueda estar en las tres figuras jurídicas .

c) La versatilidad, esta característica del Trust tiene diversas funciones, como señalábamos anteriormente se reducían a un fin público como la caridad o beneficencia; o interés particular o privado, por ejemplo, la planificación de la sucesión en vida o por causa de muerte de un patrimonio familiar y especialmente, lo que nos interesa aquí es proteger a una persona discapacitada.

d) Su neutralidad fiscal. La figura del Trust está inescindible unida a la existencia de un panorama tributario que contribuya a su implantación y su desarrollo, mediante la adopción de políticas fiscales favorables con un efecto neutral en su constitución, y, es beneficioso en el tratamiento de los rendimientos y ganancias que se integran en el patrimonio fiduciario gestionado por el trustee.”

7.1. *Las diferencias y semejanzas del Trust con el Patrimonio Protegido*

De lo anteriormente del esquema del trust for disabled, existen puntos de diferencias y semejanzas con el P.P.

Los puntos de unión en las dos figuras jurídicas (el P.P. y el Trust) tienen como finalidad la constitución de una masa patrimonial que no tiene personalidad jurídica²⁷⁸, cuyo destino es la satisfacción de las necesidades de las personas discapacitadas²⁷⁹ (pudiendo constituirse el Trust a favor de menores, y ancianos²⁸⁰). La administración tanto del P.P., como del Trust, suele ser una persona distinta del beneficiario, que es la persona discapacitada, o, pudiendo serlo el mismo beneficiario, si tiene capacidad de obrar suficiente²⁸¹. Por lo que, se destaca el paralelismo reconociéndose

²⁷⁸ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 2, señala: “Al igual que a través del instituto anglosajón se crea una masa patrimonial, carente de personalidad jurídica”.

²⁷⁹ Respecto a la finalidad del Trust, la autora GONZÁLEZ BEILFUSS, C., (1997). *El trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Boch: Barcelona, p. 34, entiende que: “tradicionalmente el Derecho angloamericano sólo acepta un tipo de purpose trusts, los charitable trusts o trusts erigidos para una de interés público”.

²⁸⁰ En este sentido, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 134, señala: “En este caso a través del trust los familiares del menor, del anciano, del enfermo o del sujeto con discapacidad- susceptible de dar lugar a una declaración judicial de incapacidad o no”.

²⁸¹ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 3, señala: “La administración y gestión del patrimonio protegido puede corresponder a la persona con

a quienes realizaron aportaciones la posibilidad de establecer el destino ulterior de los bienes o derechos aportados, o, en su caso su equivalencia, una vez extinguido el patrimonio²⁸².

Por otro lado, la autora SANTISTEBAN²⁸³, matiza sobre las diferencias de ambas instituciones jurídicas al sostener: “La Ley 41/2003 exige que la constitución del patrimonio de destino (refiriéndose al P.P.) se realice en documento público²⁸⁴ o mediante resolución judicial, y que las aportaciones de bienes y derechos posteriores al acto constitutivo se sujeten a las mismas formalidades (arts.3.3º y 4.1º de la L.P.P.D.)”.

Por lo que, conlleva que la norma le atribuye al documento público carácter de requisito esencial o de presupuesto de existencia y validez del acto constitutivo. Creando así mayores garantías del P.P., pero introduce mayor rigidez frente a la agilidad del Trust, no sujetándose a ningún formalismo. Al respecto, se pronuncia el autor PERRIN²⁸⁵ al señalar: “un trust peut être créé sans forme particulière, l’intention du settlor étant considérée comme suffisante”.

discapacidad y capacidad de obrar suficiente, que es a la vez la única persona en cuyo interés se constituye”.

²⁸² Como muy bien hace referencia, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 2, al señalar: “Y prosiguiendo con el paralelismo así trazado, se reconoce a quienes realizaron aportaciones la posibilidad de establecer el destino ulterior de los bienes o derechos aportados o, en su caso, de su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido”.

²⁸³ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 141.

²⁸⁴ También debemos dejar constancia que el Trust como expresa, el autor DE ARESPOCHAGA, J., (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Paracuellos del Jarama (Madrid): Marcial Pons, p. 33.: “está gobernado por documento público o escritura fundacional creado por el constituyente (el settlor)”

²⁸⁵ PERRIN, J., (2006). *Le trusts à l’épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*. Genève (Switzerland): Librairie Droz, p. 28.

Otra diferencia es la constitución del P.P., como señala SERRANO GARCÍA²⁸⁶: “lo pueden constituir, como establece el art. 3 L.P.P.D.: el propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente, sus padres, su tutor o tutores (en el caso de tutela plural), su curador, y su guardador de hecho, asimismo el juez”. Por lo que, es diferente en el Trust como expresan los autores SORIANO²⁸⁷: “la esencia del trust se resume, una obligación que afecta a una persona de aplicar cierta propiedad en beneficio de otra”. PERRIN²⁸⁸: “La création d’un trust se fait par acte unilatéral du settlor (inter vivos ou testamentaire); elle ne nécessite pas l’accord du trustee ou des bénéficiaires”. Por lo tanto, nuestra conclusión en la constitución del Trust sólo actúa una persona, mientras que en el P.P., son varias las personas que pueden actuar en su constitución, según las circunstancias de la persona beneficiaria.

Por otra parte, el destinatario también es diferente en ambas instituciones jurídicas, de esta forma en el P.P., puede tener como beneficiario una persona no incapacitada, la L.P.P.D., prevé un concepto de discapacidad específico ya que sólo tienen la consideración de personas con discapacidad, como señala el art. 2.2º de la L.P.P.D.: “ a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

²⁸⁶ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 381- 382.

²⁸⁷ VIRGOS SORIANO, M., *El trust y el Derecho Español*. Op. Cit., p. 22.

²⁸⁸ PERRIN, J., *Le trusts à l’épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*. Op. Cit., p. 27.

Al respecto, la autora SANTISTEBAN²⁸⁹ señala: “Luego nos encontramos ante una figura cuyo ámbito subjetivo de aplicación es mucho más restringido que el del trust for the disabled”. Por lo que, la L.P.P.D., se dirige a las personas con un grado de discapacidad.

Otra importante diferencia en el Trust, es la creación de un patrimonio separado²⁹⁰ o segregado bajo la titularidad del trustee, por lo que tiene un patrimonio autónomo, diferente del suyo vinculado a la satisfacción de las necesidades de la persona discapacitada, no ejecutable por los acreedores de quien dispuso su constitución, ni tampoco por los acreedores particulares del trustee, ni de sus causahabientes. Por lo que, se denota que el Trust está destinado exclusivamente al beneficiario que puede ser en este caso la persona discapacitada. Por otra parte, en la L.P.P.D., menciona la persona con discapacidad, pues en el Trust no se menciona a la persona discapacitada, esta desprotegida respecto a la responsabilidad de los patrimonios.

Por otra parte, en la administración del P.P., se necesita contar con autorización judicial, aplicándose a los tutores o curadores²⁹¹. Por el contrario el trustee dispone de amplios poderes en la administración del

²⁸⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 141.

²⁹⁰ Al respecto, los autores aportan DE ARESACOCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*. Op. Cit., p. 33.: “se puede deducir de todo ello que el trust constituye un patrimonio separado”. VIRGOS SORIANO, M., *El trust y el Derecho Español*. Op. Cit., p. 23.: “pues forman un patrimonio separado en beneficio de un tercero”.

²⁹¹ Art. 5.2º de la L.P.P.D., señala: “En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial que fueran aplicables”.

fund trust. La supervisión y control del Trust corresponde a la Chancery Division de la High Court of Justice²⁹². Mientras que en el P.P., corresponde al Ministerio Fiscal que cuenta con el auxilio y asesoramiento de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Por tanto, con lo expuesto hasta el momento, podemos decir que hay puntos de conexión entre el Trust y el P.P., y a la vez existen diferencias, hasta incluso en los mismos Ordenamientos Jurídicos que han adoptado el Trust. Por otra parte, en nuestro Ordenamiento Jurídico es difícil la aplicación del Trust, lo que implica que no fue obstáculo en la aplicación del Trust en Italia en atención a las personas con alguna discapacidad²⁹³.

Por tanto, la figura jurídica del Trust, se adapta al Ordenamiento Jurídico Italiano, por las deficiencias de sus instituciones jurídicas que protegen a las personas con discapacidad en su caso la interdicción y la inhabilitación²⁹⁴, con el acogimiento doctrinal y jurisprudencial a favor de

²⁹² En este sentido, la autora GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Op. Cit., p. 35, entiende: “En el caso cabe acudir a los tribunales, en Inglaterra, a la Chancery Division de la High Court of Justice, que velan paternalmente, como corresponde a sus orígenes históricos, por su buen funcionamiento del trust”, lo que se denominaría aquí Tribunal Superior de Justicia. Por otra parte, la autora manifiesta: “Las funciones que corresponden a los tribunales en materia de trust son más tutelares que jurisdiccionales”.

²⁹³ Como aporta la autora PASTOR ALVAREZ, M^a. C., *Una estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas*. Op. Cit., p. 11.: “El caso de Italia, que ha elaborado un proyecto de ley (núm. 5494) sobre Protección de persona discapacitadas, a través del instrumento trust. Dicho proyecto pretende instituir el trust con fines de carácter asistencial en beneficio de personas con algún tipo de “dificultad”.

²⁹⁴ Al respecto, la autora BRAUN, A., (Dir. Arroyo i Amayelas, E.,) (2007). “El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia.”, en AA.VV., *El Trust en el Derecho civil*. (1^a Ed.). Barcelona: Bosch, p. 141, aporta : “Los límites de ambos institutos vienen siendo señalados por la doctrina desde los años 80, poniendo énfasis, sobre todo, en la rigidez de la interdicción, que provoca la práctica supresión de cualquier posibilidad de recuperación. La incapacitación corre el riesgo,

las personas discapacitadas. Por tanto, su adaptación sigue el mismo modelo básico del trust for disabled²⁹⁵.

Por otra parte, constatamos que existen dificultades en la aplicación del Trust en España²⁹⁶, aunque en nuestra doctrina, existen autores que están a

además, de eliminar más allá de lo necesario de la capacidad de obrar del sujeto. Quien es declarado incapaz (=sometido a interdicción) no sólo se le priva de los actos personalísimos, como contraer matrimonio, realizar donaciones u otorgar testamento. La inhabilitación es, desde luego, menos rígida, pero también se ha revelado totalmente insuficiente para proteger adecuadamente al sujeto. El inhabilitado puede realizar eficazmente actos de administración ordinaria, lo cual demuestra la debilidad de la protección porque su gestión cotidiana puede acabar con su patrimonio” Las dos modalidades de interdicción e inhabilitación, ambas reguladas en el Libro I, Tít. XII, art. 414 a 432 C.c. It., además añade la autora las dos instituciones han recibido numerosas críticas porque no proporcionan una respuesta adecuada al problema que se presenta cuando mueren los titulares de la patria potestad o el cónyuge. Incluyendo la administración extraordinaria que debe llevar a cabo el tutor, en esta rigidez”.

²⁹⁵ Al respecto, la autora BRAUN, A., “El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”. Op. Cit., p. 142 entiende que el trust: “se permite destinar un patrimonio a favor de la persona incapaz de administrarlo por sí mismo y de destinar sus rendimientos en su exclusivo interés. Los bienes en trust forman un patrimonio segregado dentro del patrimonio personal del trustee y no se confunden con él. Por tanto, no pueden ser agredidos por los acreedores personales, ni forman parte del concurso, en caso de quiebra o insolvencia del trustee, ni tampoco se confunden con la herencia o el patrimonio afecto al régimen económico matrimonial, pueden constituirlo los padres, el cónyuge o los hijos e incluso el propio beneficiario, suponiendo que en el momento de la constitución tenga capacidad suficiente. Por lo demás beneficiarios pueden serlo cualquiera persona: con algún hándicap, pero también ancianos, dependientes o, en fin, personas necesitadas en general. Puede ser asignada trustee cualquier persona física, un ente o una asociación que goce de confianza del disponente y que conozca bien a la familia del necesitado”.

²⁹⁶ La figura jurídica del trust, es difícil de aplicar como señalan las autoras PASTOR ALVAREZ, M^a. C., *Una estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas*. Op. Cit., p. 11.: “Diversos autores españoles han señalado expresamente la dificultad de esta recepción. Y el principal argumento esgrimido es que el trust tropieza en el Derecho Continental con una serie de obstáculos infranqueables, los denominados “enemigos públicos del trust en los países anglosajones”, como son el concepto clásico de propiedad, el sistema del numerus clausus en la creación de derechos reales, el sistema registral de los países del civil law o principio de responsabilidad patrimonial universal”. LERYCKE, C., y SÁNCHEZ, E., (2007). *La institución del “trust” y el ordenamiento jurídico español*. Derecho y Sociedad, Marzo- Abril, nº 39 Boletín informativo de Roca Junyent. www.rocajunyent.com (consultado en 27 de mayo de 2012), p.6.: “Hoy por hoy, no existe

favor de la aplicación del Trust en España, puesto que existen diversos países que han aplicado este instituto jurídico, basándose con el concepto básico de la Common Law²⁹⁷, en nuestro país es difícil su aplicación.

En cuanto a los elementos que impiden la aplicación del Trust son los siguientes: el sistema de la propiedad²⁹⁸ y la responsabilidad patrimonial²⁹⁹,

intención legislativa alguna que pretenda incorporar esta institución que colisiona de pleno con nuestro Derecho patrimonial. Lo único que podemos encontrar son regulaciones específicas de negocios fiduciarios atípicos que van incorporando en nuestro ordenamiento jurídico bajo el patrón de los patrimonios afectados a un fin (como el patrimonio protegido de los discapacitados regulado en la Ley 41/2003)".

²⁹⁷ Al respecto, la autoras LERYCKE, C., y SÁNCHEZ, E., *La institución del "trust" y el ordenamiento jurídico español*. Op. Cit., pps.5-6, entienden: "A pesar de las dificultades en incorporar esta institución en los Estados de Derecho Civil, no hay que pasar por alto que, en los últimos años, parece que la globalización y la realidad han llegado tan lejos que las jurisdicciones de Derecho Civil han empezado a importar esta institución foránea, por vía legislativa o jurisprudencial, ha sido notable en los últimos diez años, Escocia, Liechtenstein, Israel, Québec, la mayoría de los países de Latinoamérica, entre otros".

²⁹⁸ En este sentido, la autora MARTIN SANTISTEBAN, S., *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de "civil law"*. Op. Cit., p. 90, considera como uno de los elementos el concepto unitario de la propiedad. El sistema de numerus clausus, aportando: "La mayor o menor relevancia que los diferentes sistemas causalistas puedan atribuir al elemento de la causa como obstáculo a la recepción del trust (debilitando en aquellos países que reconocen la validez de la causa fiduciae como causa válida para transmitir la propiedad), pierden gran parte de su significado si desplazamos la cuestión hacia la posibilidad de configurar un derecho de propiedad en el trustee, compatible con nuestras categorías civiles".

²⁹⁹ Al respecto, los autores MARTIN SANTISTEBAN, S., *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de "civil law"*. Op. Cit., pps. 104 – 113.: Al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911) y la par conditio creditorum y sostiene: "De todos los obstáculos invocados por quien sostiene la incompatibilidad del trust con los principios de civil law, el que probablemente mayor polémica ha suscitado es la existencia de un patrimonio separado o segregado, inmune a las obligaciones personales contraídas por su titular y sustraído a las reglas en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial. La constitución de patrimonios separados al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y fuera de los casos previstos ex lege, es considerada en la mayoría de los países de civil law contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal y a las reglas de la par conditio creditorum, por otra parte la autora añade, la admisibilidad ex lege de la

con la existencia de otras formas de difícil encuadre como: la incoherencia de un patrimonio fiduciario frente al concepto de propiedad única; los derechos reales son *numerus clausus*³⁰⁰, la *par conditio creditorum* y la noción de la causa.

Por otra parte, el elemento primordial que nos separa es el concepto de propiedad como señala el art. 348 C.c., por lo que entra en colisión nuestro Derecho con el Trust, pues nosotros tenemos el Derecho absoluto de la propiedad, conjuntamente con los Derechos reales por el

existencia de patrimonios separados(o segregados) ha desplazado el centro de la polémica en algunos de estos países hacia la posibilidad de constituir, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y fuera de los casos previstos *ex lege*, patrimonios separados a un fin específico y cuya titularidad no recaiga necesariamente en personas jurídicas sujetas a rígidos controles administrativos. Esta hipótesis negada por la doctrina española mayoritaria, se ha considerado tradicionalmente contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 C.c., ya que permitiría sustraer determinados bienes al poder de agresión de los acreedores personales del constituyente y pondría en entredicho, en caso de insolvencia del deudor, la regla de la *par conditio creditorum* al sujetar dichos bienes exclusivamente a la satisfacción de determinados acreedores”. VIRGOS SORIANO, M., *El trust y el Derecho Español*. Op. Cit., p. 25.: “En ausencia del Derecho de Trust, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de una persona ésta responde con su patrimonio. Sin embargo el Trust permite separar un parte de los bienes, protegiéndolos de las reclamaciones de los acreedores personales de cada una de las tres partes que participan (fundador, trustee y beneficiario). Desde este punto de vista, los aspectos propietarios del Trust son mucho más importantes. Esta reorganización de los derechos de terceros (pues implica una limitación y una separación de la responsabilidad patrimonial). En definitiva permite disociar titularidad, aprovechamiento de la propiedad y responsabilidad patrimonial”.

³⁰⁰ Al respecto, la autora MARTIN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., pps. 95-96, señala: “Correcta o incorrectamente, el principal escollo a la importación del trust no se considera de carácter procesal sino sustantivo. Aún admitiendo que solamente el trustee es titular de un derecho real, y dando por lo tanto por superado el obstáculo de la propiedad desdoblada, la admisibilidad de una propiedad carente de valor económico, donde la titularidad de los bienes no permite su goce ni un enriquecimiento patrimonial, es inconciliable- se afirma- con la noción de propiedad heredada del código civil francés y con las reglas del *numerus clausus* en la creación de derechos reales”.

establecimiento de las leyes, por tanto en nuestro Derecho civil existe la nuda propiedad y el Derecho real de usufructo.

Al respecto, como señala la autora SANTISTEBAN³⁰¹ : “el trust está basado en una dual ownership o propiedad desdoblada, considerada tradicionalmente como una característica del trust anglosajón, y señala,³⁰² el trustee es titular de una propiedad in law, que le asegura la titularidad y la administración del bien y que es tutelada por el derecho estricto, es decir conforme a las reglas y por los tribunales de common law. Esa propiedad ha de ser administrada en beneficio de un tercero- que ostenta lo que se califica como una propiedad in equity - o con la finalidad que le ha asignado el settlor³⁰³. De esta forma titularidad y gestión, por una parte, y disfrute del beneficio obtenido, por otra, no coinciden en la misma persona (en este caso, el settlor o constituyente del Trust)³⁰⁴”.

Por tanto, el concepto de “dualidad de propiedades”, no se encuadra en nuestro Ordenamiento Jurídico, y en especial en el P.P., por lo que existe un constituyente, un administrador y la persona beneficiaria, como iremos estudiando. Por tanto, puede ser el beneficiario del P.P., la misma persona de los bienes y derechos o no, lo que implica que el beneficiario será el propietario del P.P.

³⁰¹MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 3.

³⁰² MARTIN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 90.

³⁰³ En este sentido, la autora GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Op. Cit., p. 29, entiende: “En el esquema del trust la intervención del settlor tan sólo es imprescindible en su constitución”.

³⁰⁴ Al respecto, el autor DE ARESPACOHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*. Op. Cit., 33, aporta: “Se puede deducir de todo ello que el trust, esta creado por el constituyente (el settlor)”.

Por otro lado, el beneficiario-discapacitado puede no tener la titularidad de constituyente, ni administrador del P.P.,³⁰⁵ con la diferencia del Trust que será el propietario, en nuestro caso sólo tiene la facultad de gestionar y controlar el P.P., la persona con discapacidad, sí tiene la facultad de obrar suficiente, en el caso que no tenga la facultad de obrar suficiente serán los encargados de gestionar y controlar el P.P., sus representantes legales.

Otro elemento es la responsabilidad patrimonial universal, que sería otro obstáculo en nuestro Ordenamiento Jurídico. El Trust es una masa patrimonial segregada a un patrimonio personal, que con dificultad pueden dirigirse los acreedores para que responda el Trust de sus deudas, por lo que no puede encuadrarse en nuestro Ordenamiento Jurídico, porque la Ley es la que determina que conjunto de bienes o derechos y pueden responder por las deudas.

Por otra parte, lo que se pretende regular en la estructura del trust for disabled, es lo siguiente: una persona con discapacidad que quiera beneficiarse con capacidad suficiente de obrar, ante una pérdida futura de su capacidad, puede a través de un negocio “inter vivos”, o, “mortis causa” transmitir la propiedad de varios bienes a una persona que es el trustee, para administrar y gestionar en beneficio de la persona con discapacidad³⁰⁶.

³⁰⁵ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 140, señala: “Al igual que a través del instituto anglosajón, la administración puede encomendarse a un tercero distinto del sujeto discapacitado”.

³⁰⁶ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 1, señala: “El trustee es propietario de los bienes integrantes del fund trust pero el ejercicio de su derecho se encuentra vinculado a la satisfacción de las necesidades de la persona discapacitada”.

Por otro lado, el Trust es un verdadero patrimonio separado o segregado bajo la titularidad del trustee, como entiende la autora SANTISTEBAN³⁰⁷: “no es ejecutable desde luego por los acreedores de quien dispuso su constitución pero tampoco por los acreedores del trustee ni por sus causahabientes”.

Por tanto, se designará a una persona que será el guardián o el protector, cargo que recae sobre el tutor o curador³⁰⁸, y encargándose de informar al trustee, de las necesidades de la persona discapacitada.

Por otro lado, el trustee sí entiende que los rendimientos del disabled for trust, no son suficientes puede enajenar sin autorización judicial³⁰⁹, pudiendo además en el acto de la constitución del Trust, el constituyente determinar el destino de los bienes³¹⁰.

³⁰⁷ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 1.

³⁰⁸ Al respecto, la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 135, señala: “En la práctica es usual que el tutor o curador asuma entonces el papel de protector o guardián, y que se le atribuya en el negocio constitutivo el encargo de informar al trustee acerca de cuáles son las necesidades del discapacitado, y de vigilar que el trustee actúa en su exclusivo beneficio”.

³⁰⁹ En el mismo sentido, entiende la autora MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Op. Cit., p. 1.: “En el caso de que los rendimientos resulten insuficientes, el trustee puede enajenar bienes del trust y destinar su importe a la misma finalidad, sin tener que contar con autorización judicial alguna”.

³¹⁰ Por lo que, las autoras entienden GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Op. Cit., p. 35.: “teniendo en cuenta que para velar la institución del trust se nombra una persona, el denominado protector o enforcer, siempre manteniendo las instrucciones de la persona constituyente”.MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*. Op. Cit., p. 135.: “Puede igualmente decidir en el acto constitutivo acerca del destino de los bienes restantes una vez finalizado el trust (de forma que integren el patrimonio del beneficiado o sean atribuidos a terceros como

Por otra parte, debemos atender respecto a la duración del disabled trust que suele coincidir con la vida del discapacitado³¹¹, elemento parecido al P.P., como señala L.P.P.D., en su art. 6.1º: “El patrimonio protegido se extingue por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario”.

Por otro lado, el autor DE NICOLAS³¹² menciona: “las más relevantes desde el punto de vista sucesorio”, que tienen coincidencia en la doble titularidad dominical del trustee y el beneficiario, de esta forma lo más importante son la titularidad usufructuaria y sus modulaciones en las funciones del usufructuario de disposición, que se contemplan en el Código Civil de Catalunya, con su admisión en los arts. 561-21 a 561-24, Ley 5/2006 de 10 de mayo por el que se aprueba el Libro V del Código Civil de Catalunya como cita el autor: “encuentra su origen en el derecho feudal, mismo origen que el trust, que distinguía entre dominum legitimun y dominum naturale”, no obstante en la legislación Catalana podría alcanzarse una estructura personal equiparable al Trust, de esta forma el autor distingue las figuras jurídicas del constituyente, trustee-usufructuario de disposición, beneficiario-nudo propietario y protector.

Por tanto, con la conclusión que ciertas figuras jurídicas del Trust en Cataluña, son similares al Trust anglosajón, dando evolución legislativa al Trust, en la legislación de las C.C.A.A., pues tenemos que tener en cuenta que España es un estado plurilegislativo, lo cierto es que después de la publicación de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Catalunya, relativo a la

beneficiarios del capital), o delegar la designación de los beneficios al trustee o al guardián, o ambos conjuntamente”.

³¹¹ En este sentido, el autor DE ARESPACOHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*. Op. Cit., p. 71, entiende: “El trust deja de existir cuando los objetivos para los cuales el trust se constituyó”.

³¹² SERRANO DE NICOLÁS, A., “Trust y Derecho de sucesiones”. Op. Cit., pps. 71-72.

persona y familia³¹³. Por lo que, queda constatado la figura jurídica del trust for disabled en el art. 227-2.2º C.C., al señalar: “El patrimonio protegido no responde de la obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo las aportaciones”. El legislador de Catalunya, fue muy cauto, pues no pudo pronunciarse a favor del trust for disabled como menciona el mismo artículo: “Sin embargo, las aportaciones efectuadas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito no perjudicarán a los acreedores de la persona que la efectuó, si faltan otros recursos para cobrarlos. Tampoco a los legitimarios”, como es de notar se pronuncia a favor del art. 1911 C.c., como el principio de responsabilidad patrimonial. De todas formas el legislador de Catalunya es muy claro al pronunciarse que el P.P., es un patrimonio autónomo diferente del patrimonio principal.

Por otra parte, existen elementos parecidos al trust for disabled, como señala el art. 227-3 e) C.C.: “Las personas designadas para administrar el patrimonio protegido, que no pueden ser los beneficiarios” y el art. 227-4, 2, 3 C.C., señala: “El constituyente puede ser administrador del patrimonio protegido si no es a la vez beneficiario, y, el administrador tiene el deber de conservar los bienes que lo integran”. Puesto que es todo lo contrario como entiende el autor SERRANO GARCÍA ³¹⁴ citando: “Por ejemplo, en el artículo 5, sobre Administración se lee: “1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren”. Y en el número 7 del mismo artículo: “El administrador del patrimonio protegido,

³¹³ B.O.E. 21 de agosto núm. 203, pág. 73463.

³¹⁴ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 387.

cuando no sea el propio beneficiario del mismo tendrá la consideración de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido”. Por lo que, contrastando la figura jurídica del P.P., con el P.P. de Catalunya, en esta última legislación nos da entender que el constituyente, el administrador y el beneficiario son personas distintas, elementos muy parecidos a la figura jurídica del Trust, con la existencia del settlor o constituyente, el guardián o el protector.

Por tanto, como habíamos comentado anteriormente, la aplicación en otros Ordenamientos Jurídicos como el Italiano, es la evolución en sí del Derecho ante problemas jurídicos relevantes, que si bien sirve esta institución para resolverlos.

Por otra parte, consideramos que esta figura puede ser relevante en nuestro Derecho común en varios ámbitos especialmente en el Derecho civil, como hemos visto en el Código Civil de Catalunya, la figura jurídica del P.P., está más cerca del concepto del Trust.

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIÓN LAS APORTACIONES Y LA CONSTATAción REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.- 2. LAS PERSONAS LEGITIMADAS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 2.1. La legitimación en la constitución del patrimonio protegido de la persona con discapacidad.- 2.2. El concepto de capacidad obrar suficiente en la constitución del patrimonio protegido.- 2.3. La apreciación de la capacidad de obrar por parte del notario.- 2.4. Un menor de edad constituir un patrimonio protegido.- 3. LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR LOS PADRES O TUTORES.- 3.1. Constitución del patrimonio protegido por los padres.- 3.2. Constitución del patrimonio protegido por el tutor.- 3.3. Constitución del patrimonio protegido por el curador.- 3.4 Constitución del patrimonio protegido por el guardador de hecho.- 3.5. La constitución del patrimonio protegido por “cualquier persona con interés legítimo”.- 4. LOS ELEMENTOS FORMALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 4.1. El contenido del documento de constitución del patrimonio protegido.- 5. LAS APORTACIONES REALIZADAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 5.1. Las personas que pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido.- 5.2. Las personas jurídicas pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido.- 5.3. Los bienes pueden ser aportados al patrimonio protegido.- 6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 7. EL ELEMENTO DE “GRATUIDAD” EN LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 8. LAS APORTACIONES REALIZADAS A TÉRMINO SU PROHIBICIÓN EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 9. LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 9.1. La necesidad de la constancia registral del patrimonio protegido.- 10. LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL REGISTRO CIVIL.- 10.1. Las personas que están legitimadas para proceder a la inscripción.- 10.2. El procedimiento para la inscripción del patrimonio protegido.- 11. LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.- 11.1. Los legitimados en la inscripción del patrimonio protegido en el registro de la propiedad.- 12. LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN OTROS REGISTROS.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 3.1º y 2º³¹⁵ de la L.P.P.D., expone quienes tienen la legitimidad, para constituir el P.P., y, por otro lado el mismo artículo en su apartado 3º, expone los requisitos necesarios para la formalización del P.P., de esta forma lo señala:

“1. Podrán constituir patrimonio protegido:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.

c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

³¹⁵ Art. 2 de la L.P.P.D., señala: “1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular. 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la condición de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. 3 El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial”.

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En el caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al Ministerio fiscal, quien instará del Juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el Juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta Ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:

a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley.

c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Los Notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizando al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución³¹⁶.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente pasa su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

Este precepto recibió críticas por parte de la doctrina:

Por un lado, la figura del curador situándolo en la misma posición que los padres o tutores, siempre que la persona discapacitada no tenga capacidad de obrar suficiente, respecto a la constitución del patrimonio³¹⁷, del mismo modo cuando la figura del curador ejerce funciones diferentes a

³¹⁶ Debemos tener en cuenta que esta parte del artículo fue modificado mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo. Reforma de la Ley de 8-6-1957(RCL 1957, 777; NDL 25898), sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001\1892) de la normativa tributaria con esta finalidad. BOE 26 marzo 2009, núm. 73. (pág. 29137), en su art. 2 en el que se añade se modifica el art. 3.3 de la L.P.P.D.

³¹⁷ Al respecto, la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 141, entiende que: “El artículo 3.1.b) de la Ley sitúa al mismo nivel a padres, tutores y curadores en orden a la constitución de un patrimonio protegido”.

las de los padres o el tutor, puesto que el curador solamente ejerce la función de tomar decisiones³¹⁸.

Por otra parte, también recibió críticas el guardador de hecho, en su legitimación, en la constitución del P.P., por ejercer unas funciones dadas por el legislador, en las que no existe control sobre estas³¹⁹.

Por otro lado, las expresiones que marca el precepto como: “capacidad de obrar suficiente³²⁰”, “personas con interés legítimo³²¹”, y, “aportaciones de bienes suficientes para este fin³²²” o “negativa injustificada³²³”, son conceptos indeterminados como señalan varios autores.

³¹⁸En este sentido, la autora diferencia la figura jurídica del “curador” GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 141-142, al señalar: “desconociendo las diferencias de contenido y funcionamiento entre las diferentes figuras de guarda y protección de menores e incapacitados que regula nuestro ordenamiento: el curador, a diferencia de los padres y tutores no es representante legal del sometimiento a curatela, sólo le asiste en relación con aquellos actos que no pueden realizar por sí solo (art.288 C.c.) o cuando así lo haya establecido por sentencia de incapacitación (art. 289 C.c.)”.

³¹⁹ Al respecto, la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 144-145, señala: “Teniendo en cuenta este régimen jurídico de la guarda de hecho y partiendo de la capacidad de obrar de una persona, aun cuando cuente con una certificación administrativa de discapacidad, se presume plena mientras no haya sido judicialmente incapacitada, se comprenden bien las dudas que la Ley 41/2003 confiere al guardador de hecho en orden a la constitución”.

³²⁰ En este sentido, la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 136, señala: “Es decisivo, pues, delimitar qué debe entenderse por capacidad de obrar “suficiente”. Se trata de una expresión poco precisa, carente de correspondencia con las categorías que en el Derecho civil maneja al abordar la capacidad de las personas que, sin embargo, empieza a ser utilizada por el legislador”.

³²¹Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 94 , señala: “Esta idea del “interés legítimo” se presenta como concepto indeterminado respecto del cual considero que deberá interpretarse siempre en beneficio del discapacitado y, en todo caso, ser valorado por el órgano judicial” .

³²²En este sentido, las autoras entienden CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 95.: “Pues, interpretada en su literalidad, no se explica por qué

2. LAS PERSONAS LEGITIMADAS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La L.P.P.D, determina en el momento de la constitución del P.P., si la persona tiene capacidad de obrar suficiente o no, para crear su constitución, como la autora CASTILLO MARTÍNEZ ³²⁴ aporta: “si el discapacitado con capacidad de obrar suficiente se opone a la constitución del patrimonio protegido a su favor, no será posible la constitución del mismo, de conformidad con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10.1 de la C.E.”. Por lo que, estará en consonancia con nuestra propia Constitución y el Derecho civil, como hemos mencionado todas las personas discapacitadas, no actúan de la misma forma en el negocio jurídico, sino de acuerdo con su grado de discapacidad, teniendo unos capacidad intelectual, o, volitiva, otros careciendo de estas facultades que pueden estar mermadas, tanto por

la cuantía de las aportaciones originarias haya de permitir la completa cobertura de las necesidades vitales del beneficiario que, además, difícilmente podrán cuantificadamente anticiparse”. GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p.150.: “Debe tenerse en cuenta que el patrimonio protegido inicialmente constituido, aunque al principio sea de escasa cuantía, puede ser incrementado mediante aportaciones sucesivas”.

³²³ Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 94, sostiene: “Idéntica consideración cabría realizar respecto al concepto, también indeterminado, de “negativa injustificada”, igualmente empleada por el legislador”. De la misma, forma entendemos la postura de la autora que realmente es un concepto indeterminado y que debería de haber justificado más el legislador.

³²⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 95.

enfermedades congénitas o degenerativas, o, por causas de accidentes de tipo laboral o de tráfico.

Por tanto, las personas que están legitimadas para la constitución del P.P., son:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente³²⁵.

b) Sus padres o tutores o curadores, cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente³²⁶.

c) El guardador de hecho³²⁷.

d) Cualquier persona con interés legítimo³²⁸.

2.1. La legitimación en la constitución del patrimonio protegido de la persona con discapacidad

Inicialmente podemos señalar que el art. 3.1º a) L.P.P.D.,³²⁹ contempla que la propia persona puede constituir su propio P.P., instituyendo la figura de la autotutela, como habíamos visto anteriormente.

³²⁵ Art. 3.1º a) de la L.P.P.D.

³²⁶ Art. 3.1º b) de la L.P.P.D.

³²⁷ Art. 3.1º c) de la L.P.P.D.

³²⁸ Art. 3.2º de la L.P.P.D.

³²⁹ Art. 3.1º a) de la L.P.P.D., señala: “La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”.

Por otra parte, podemos constatar que la L.P.P.D., habla de grados de discapacidad, como habíamos expuesto anteriormente, por lo que una persona incapacitada judicial puede ser discapacitada, pero si no tiene los grados de discapacidad la persona incapacitada judicial, no podrá acogerse a la norma, por lo que no es un requisito necesario de estar la persona incapacitada judicial para poder constituir un P.P.³³⁰.

Por lo tanto, en la constitución del P.P., lo más importante es la voluntad de la persona discapacitada que le otorga nuestro Ordenamiento Jurídico, emanado del principio general de la autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad, sino esta incapacitada judicial.

Solamente cuando se demuestre que la persona discapacitada no tiene capacidad de obrar suficiente, en este momento se pondrán todos los elementos protectores para suplir el grado de incapacidad que tiene la persona discapacitada. Por lo que, en el ámbito civil sea producido un cambio en la concepción jurídica que afecta al aspecto social como bien expone la autora CASTILLO MARTÍNEZ³³¹ referente: “al concepto indeterminado del “interés de la persona con discapacidad”, sin duda de creciente expansión a medida que se avance en la concienciación social y posterior desarrollo legislativo, entiendo que le son de aplicación las consideraciones que permite la valoración de su precedente temporal, al menos en cuanto a su consideración jurídicamente consagrada, y sin duda paralelo de “interés del menor”, refiriéndose la autora a la promulgación de

³³⁰ Como señala la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, pps. 84-85.: “De esta manera que en el caso de incapacitación judicial no será posible la creación del patrimonio protegido si no alcanza, además, el grado de minusvalía exigido”, refiriéndose la autora a la constitución del P.P.

³³¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 94.

la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³³², y, al mismo tiempo a la promulgación de la L.P.P.D., con la creación de dos elementos: la edad y su presencia en la discapacidad, tanto para las personas capaces o incapaces judicialmente que tienen un cierto grado de discapacidad.

2.2. El concepto de capacidad obrar suficiente en la constitución del patrimonio protegido

El concepto de capacidad de obrar suficiente en la L.P.P.D, por tanto tenemos que determinar si esta discapacidad es de carácter sensorial, físico, o, psíquico, y que alguna de estas personas tengan algún grado de esta discapacidad. Al respecto, la norma no menciona la figura jurídica de la incapacitación, como señala la autora DÍAZ ALABART³³³: “el que una norma como la Ley 41/2003 en la que voluntariamente se ha obviado cualquier referencia a la incapacitación de los que los discapacitados pudieran precisarla”. Concretamente la capacidad de obrar suficiente, está indicada para las personas que tienen una discapacidad bien sea física, sensorial, o mental ambas o una de ellas, siempre que no afecten a su capacidad mental total, como hemos visto anteriormente en el concepto de discapacidad.

³³² BOE 17 de enero de 1996, núm 15, p. 1225.

³³³ DÍAZ ALABART, S., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en AA.VV., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 68.

Por lo que, debemos de aclarar que pueden constituir el P.P., las personas que han sido incapacitadas judiciales, mediante sentencia siempre que no se les restrinja la “capacidad de obrar suficiente”(para crear un P.P.), como señala el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ³³⁴: “ por tanto, habrá que incluir en este punto a las personas con minusvalía reconocida en los términos que la Ley marca, tanto si no se encuentran incapacitadas, como si aun estándolo la sentencia de incapacitación ha graduado o concretado los actos de incapacitación y entre ellos no se encuentre constituir, y en el momento de la constitución goce además de entendimiento- de capacidad natural de entender y querer”.

Por lo que, pensamos que una persona que no haya sido incapacitada judicial mediante sentencia³³⁵, y esta afecta a una discapacidad de carácter psíquico tiene capacidad de obrar, como señalan los arts. 199 - 200 C.c. Lo que implica, que debe pronunciarse una sentencia sobre la incapacitación de la persona, siempre que no pueda gobernarse por sí misma, y al mismo tiempo que tenga mermada la capacidad de entender y querer, por lo que en nuestro Ordenamiento Jurídico existe la presunción de incapacidad, mediante la aplicación de nuestro Derecho civil³³⁶, por tanto mientras no se demuestre que no tiene mermada, la capacidad de entender y de querer, se presume que tiene capacidad de obrar.

³³⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 129.

³³⁵ Al respecto, cabe mencionar la S.T.S. 11 de junio, núm. 533/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz) RJ 2004\4428, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “El aspecto civil es atinente al concepto de incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona física, estado civil que tan sólo se constituye por sentencia”.

³³⁶ En este sentido, cabe mencionar la S.T.S. 14 de mayo, núm. 448/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo) RJ 2003\4853, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “se parte de la idea de que la capacidad de una persona mayor se presume”.

Por otro lado, no especifica la L.P.P.D., el concepto de capacidad de obrar suficiente. De esta forma, recaerá sobre la figura del Notario en la constitución del P.P., y su responsabilidad de dilucidar la capacidad de la persona discapacitada³³⁷.

2.3. La apreciación de la capacidad de obrar por parte del Notario

Como aportan los autores entre ellos CASTILLO MARTINEZ³³⁸: “refiriéndose al P.P., el artículo 3.3º de la Ley 41/2003, dispone como regla general su constitución en documento público que hay que entenderlo referido a la escritura pública”, unido con el mismo art. 3.1º c) de la L.P.P.D., que aclara : “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad”. Atendiendo tanto a la autora como al precepto de la Ley, entendemos que el Notario tiene la facultad de dilucidar la capacidad de obrar de la persona que constituye el patrimonio, en este caso como menciona la norma “el beneficiario”, en su art. 3. 1º a) de la L.P.P.D., en el que se expresa: “La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, puede constituir el P.P.”.

³³⁷ Art. 3.1º c) de la L.P.P.D., que señala: “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada”.

³³⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit, p. 96. SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 10.: “Habida cuenta que la constitución del patrimonio protegido requiere la intervención notarial (por exigencia de forma)”.

Por otra parte, la persona discapacitada puede aportar el certificado de minusvalía, lo que representaría una mayor aclaración, sobre su estado discapacidad ante el Notario, como aportan los autores entre ellos SEDA HERMOSÍN³³⁹: “puesto que se entiende que rige la presunción general de capacidad mientras no existe sentencia de incapacitación, el Notario debe apreciar la capacidad del discapacitado, considerando el resultado del certificado administrativo de valoración, emitidos por expertos en la materia (refiriéndose el autor al certificado de minusvalía) y creo que debe, para el caso concreto auxiliarse de personal perito en la materia (facultativos)”.

Por lo que, conlleva que el Notario³⁴⁰ actué valorando la capacidad de obrar de la persona discapacitada, pues por lo contrario su actuación sería arbitraria, no actuando conforme a la capacidad de obrar conforme al art. 200 C.c., como consecuencia de una presunta incapacidad motivada mediante la figura del Notario, implicando la actuación de diversas personas mencionadas en el art. 3. 1º b), c), de la L.P.P.D.: “sus padres, tutores o curadores, el guardador de hecho” y al mismo señala el art. 3. 2º de la L.P.P.D.: “Cualquier persona con interés legítimo”.

³³⁹SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 10. ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1002.: “Si se trata una persona con discapacidad sin resolución de modificación de su capacidad de obrar, creo que debe estar presente en el momento de la constitución, o en el momento previo para la realizar la valoración de su capacidad, dependerá del juicio de la capacidad natural que haga el notario, el que pueda constituir ella misma el P.P.”.

³⁴⁰ La regulación de la valoración de la capacidad de obrar, por medio del Notario esta constatada en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 RCL\1938\201nota. B.O.E. 29 mayo 1862 en su artículo 17.bis.2 a), b), y en el Reglamento del Notariado Decreto de 2 de junio 1944 RCL\1945\57. B.O.E. 7 julio 1944, núm. 189; rect. B.O.E. 4 agosto 1944, núm. 217, pág. 5912, en sus arts. 145, 156 y 167.

Por otra parte, es importante la actuación del Notario, en la valoración de la capacidad de la persona discapacitada, pues si tiene capacidad de obrar podrá constituir el P.P., estableciendo su régimen de administración.

Como es obvio, las atribuciones que se le ofrecen al Notario, son muy comprometidas de esta forma se pronuncia el autor TABOADA³⁴¹: “por la razón de ser de su existencia, de su función dar fe. En principio, con sentido común y con su experiencia, tanto personal como profesional. En efecto, el Notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo”. Lo que conlleva que si el Notario, tiene una equivocación sobre la capacidad de obrar de la persona discapacitada, tendrá que responder sobre su dictamen, en el momento de la constitución del P.P. Por lo que, tiene que actuar con mucha seguridad y regirse por su experiencia profesional,³⁴² y siguiendo adicionalmente se pronuncia la Jurisprudencia

³⁴¹ GÓMEZ TABOADA, J., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, en AA.VV., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley, pps. 265-266, y como entiende el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 10.: “además de regirse por su leal saber y entender, fruto de su experiencia profesional en la continua emisión de juicio de capacidad”, y siguiendo adicionalmente se pronuncia sobre el deber del Notario a efectos generales la D.G.R.N. (Servicio del Notariado) Resolución de 26 octubre 1995 RJ 1996\1686, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “para que se deba recordarse el deber de asesorar que tiene el Notario, informándoles de forma exhaustiva, con la actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica “una asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

³⁴²De esta forma, se pronuncia la D.G.R.N. (Servicio del Notariado) Resolución de 7 enero 1992 RJ 1992\10736, al señalar en el Fundamento de Derecho Segundo y Tercero: “El juicio de capacidad es un presupuesto necesario de toda escritura pública (cfr. el artículo 167 del Reglamento Notarial) que expresa la consideración del Notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad. La constancia en el documento de tal ponderación positiva de la capacidad-y así ocurre en el instrumento que se enjuicia- colma plenamente las exigencias de dicha previsión reglamentaria, que pretende de este modo reforzar el valor del instrumento público, dada la energía y vigorosa presunción “iuris tantum” que emerge de tal juicio del Notario reflejado en el documento.

en su S.T.S. 19 de noviembre, núm. 1101/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) RJ 2004\6910, en su Fundamento de Derecho Cuarto al señalar: “la aseveración notarial respecto a la capacidad de los otorgantes, constituye una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario”. Por tanto, el Notario ante “la presunción de capacidad” de las personas discapacitadas, no es una prueba concluyente, pudiendo acudir a los Tribunales las personas que ante la creación del P.P., de la persona con discapacidad, creen que ante el dictamen del Notario de que no existe un cierto grado de discapacidad en la presunta persona discapacitada, y si realmente tiene el grado de discapacidad psíquica³⁴³.

Por otra parte, para la creación de un P.P., por medio del beneficiario discapacitado, como señala la Jurisprudencia en la S.T.S. 19 de noviembre, núm. 1101/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) RJ 2004\6910, en su Fundamento de Derecho Tercero: “cuando falte en el declarante la razón

El Notario ha de asegurarse de la capacidad de los otorgantes a la vista de la naturaleza del acto y de las prescripciones del derecho positivo y bajo su entera responsabilidad, más no existe norma alguna que prescriba la observancia de un procedimiento o de unos requisitos determinados para la formulación de tal parecer. Es cierto que el cumplimiento de las correspondientes prescripciones reglamentarias no asegura de forma indubitada e incuestionable que el juicio de la capacidad se corresponda con la real aptitud mental que presenta a la persona enjuiciada al tiempo del otorgamiento. Sin embargo, no hay que desconocer los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la “especial relevancia de certidumbre” que reviste tal aseveración notarial de capacidad, que alcanza el rango de fuerte presunción “iuris tantum” y que consiguientemente, vincula “erga omnes” y “obliga a pasar por ella” en tanto no se revisada judicialmente”.

³⁴³ Al respecto, el autor GÓMEZ TABOADA, J., “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”. Op. Cit., p. 269, aporta: “Pero este juicio notarial no se configura como una presunción iuris et de iure. Al contrario, puede destruirse mediante prueba en contrario. La responsabilidad deriva del hecho de que el Notario es el que enjuicia la capacidad y goza de libertad para hacer este juicio”

natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración, precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable”.

Por tanto, en la constitución del P.P., para la aceptación de las aportaciones, y su forma de administración por parte del administrador beneficiario, es necesaria la capacidad de obrar.

Por tanto, respecto a las funciones conferidas al Notario, como muy bien expresa el autor TABOADA³⁴⁴: “el Notario esta solo”, por nuestra parte entendemos que el legislador, tendría que haber sido más explícito en la figura del Notario respecto sus funciones en la “capacidad de obrar suficiente” de la persona discapacitada, concediéndole jurídicamente instrumentos más eficaces, lo que no implica que se subsane legislativamente en la L.P.P.D.

2.4. Un menor de edad puede constituir un patrimonio protegido

La L.P.P.D., en su art. 3.1º a), señala: “la capacidad de obrar suficiente”, por lo que no existe límite de edad en la creación del P.P., lo que nos interesa es aclarar, ¿si un menor puede crear un P.P.? Al respecto, debemos de tener en cuenta que la capacidad de obrar de la persona se adquiere a los dieciocho años de edad³⁴⁵, de esta forma la capacidad de

³⁴⁴GÓMEZ TABOADA, J., “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”. Op. Cit., p. 267.

³⁴⁵ Como señala el art. 12 de la C.E. y ratificado por el art. 315 C.c. Para el autor DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de derecho Civil*. I. Op. Cit., p. 184, aporta: “Distinta significación tiene la

obrar es la facultad extrínseca para realizar esos actos tanto Derechos como Obligaciones³⁴⁶, a partir de una cierta edad³⁴⁷. Esta claro que la edad de la persona evolucionó según la época y su legislación³⁴⁸.

llamada mayoría de edad, que confiere al hombre la plenitud de sus facultades, y le hace apto para ejercitar cualquier clase de derecho o asumir las obligaciones que considere convenientes. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo excepciones establecidas en casos especiales en el Código Civil (art. 322 C.c.)”. Al respecto, los autores DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (2005). *Sistema de derecho civil*. (Vol. I) (11ª Ed.). Madrid: Tecnos, p. 229, entienden: “la mayoría de edad se caracteriza por ser un estado civil cuyo contenido es la plena independencia de la persona y la adquisición de una plena capacidad de obrar”, y siguiendo adicionalmente se pronunció nuestra Jurisprudencia en la S.T.S. 26 de marzo, núm. 278/1993 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) RJ 1993\2394, en su Fundamento de Derecho Segundo, que señala: “pues no es posible privar a nadie de aquello que no tiene. El hijo alcanzó la mayoría de edad”.

³⁴⁶ La definición de la capacidad de obrar en la doctrina entre otros autores JAÉN, V., (1928). *Derecho Civil. Apuntes y notas de derecho filosófico histórico y positivo, especialmente español común y foral*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, p.28, señala es: “aquella otra capacidad de obrar, que supone el más o menos libre ejercicio”, reconociendo el autor la existencia de diversas incompatibilidades, con esta facultad, con el reconocimiento indirectamente los estadios de la persona. Al respecto, son más concisos los autores DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (1978). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol.I) (2ª Ed.). Madrid: Tecnos, p. 260, pues señalan que: “la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos”. DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*. I. Op. Cit., p. 177.: “la capacidad de obrar es la capacidad de dar el ser actos jurídicos de realizar acciones con efecto, las cuales, por tanto producen la adquisición de un derecho u obligación”. HUALDE SANCHÉZ, J. J., (2000). (Autors. PUIG I FERRIOL, L., et al.) “La personalidad”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*. (3ª Ed.). Madrid: Marcial Pons, p. 111, define: “la capacidad de obrar como la aptitud o idoneidad de la persona para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones. es la capacidad de realizar actos jurídicos”. Por tanto la doctrina distingue capacidad de obrar. En la doctrina Italiana los autores GALGANO, F., *Diritto Privato*. Op. Cit., p.75, define la capacidad de obrar: “La capacità di agire, che è, invence, l’attitudine del soggetto a compiere atti giuridici, mediante i quale acquistare diritti o assumere doveri, presuppone urr essere umano in grado di provvedere ai propri interessi”, G.MASSIMO B., (1987). *Diritto civile*.Op. Cit., p. 209.: “La capacità di agire è la generale idoneità del soggetto a compiere e ricevere gli atti giuridici incidente sulla propria sfera personale e patrimoniale”, FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*. Op. Cit., pps. 458 – 459.: “La capacità de agire è la capacita di porre in essere atti giuridici, di compiere azione con effetto giuridico, le quali perciò procuno l’acquisto d’un diritto od obbligo e la sua trasformazione ed estinzione od il perseguimento in giudizio. Per la capacità di agire è necessaria la capacità di volere. Perciò mentre tutti gli uomini sono capaci di diritti, non tutti son capaci d’esercirzio di diritto poniendo

como ejemplo el estado mental” de esta forma añade una condición “la capacità d’agire denota un’attività dinamina”, TRABUCCHI, A., *Istituzione di Diritto Civile*. Op. Cit., p. 250.: “La capacità di agire riconosciuta al soggetto è l’attitudine a compiere manifestazioni di volontà è sufficiente e necessaria la concreta capacità d’intendere e di volere”. Este último concepto de entender y de voluntad esta en nuestra doctrina y jurisprudencia como estamos viendo y es genérica para que una persona tenga capacidad plena y no sea incapaz judicialmente.

³⁴⁷ La capacidad obrar mediante “la edad” en nuestra la doctrina la definen, DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (1978). *Sistema de derecho civil*. Op. Cit., p. 282.: “La mayoría de edad se caracteriza por su estado civil cuyo contenido es la plena independencia de la persona y la adquisición de una plena capacidad de obrar”. DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de derecho Civil I*. Op. Cit, p. 184.: “Distinta significación tiene la llamada mayoría de edad, que confiere al hombre la plenitud de sus facultades, y le hace apto para ejercitar cualquier clase de derecho o asumir las obligaciones que considere convenientes. El artículo 315 del Código Civil establece los dieciocho años como principio de la mayoría de edad. El mismo sentido se expresa en el artículo 12 de la Constitución Española”. GETE-ALONSO, M^a, C., (2000). (Autors. PUIG I FERRIOL, L., et al.) “La edad”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*. (3^a Ed.). Madrid: Marcial Pons, p. 186.: “La mayoría de edad es representativa de la plena capacidad de obrar de la persona” seguido por la doctrina española. En la doctrina Italiana el autor TRABUCCHI, A., *Istituzione di Diritto Civile*. Op. Cit., p. 251.: “Al compimento del 18° anno di età (1.8 marzo 1975, n.39) si acquista la piena capacità di agire, ecceto che per alcuni atti particolari per i quali si richiede un’età diversa (art. 2)”. De esta forma se pronuncia el art. 2 -1° C.c. It. Maggiore età. Capacidad di agire. “La maggiore età fissata al compimento del diciottesimo anno, Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per iguali non sia stabilita una età diversa”.

³⁴⁸ Al respecto, la doctrina entiende por una parte a efectos históricos RUIZ SERRAMALENA, R., *Derecho civil. Parte general*. Op. Cit., p. 108: “el proyecto de 1851 concedió el reconocimiento de la mayoría de edad a los veinte años, que, considerada como muy prematura en aquella época, suponía una aproximación a las tendencias generales de otros Códigos”. BAYERRI LOSADA, B., (Dir. Bercovitz, R., Martínez- Simancas, J.,) (2000). *Derechos civiles de España. Banco Santander Central Hispano*. (Vol. VI). Navarra: Aranzadi. p. II 3343.: “En el derecho civil común se adquiría a los veinticinco años, toda vez que hasta la publicación de C. c. de 1989 (art.320C.c.) no se estableció la mayoría de edad hasta los veintitrés años cumplidos”. GETE- ALONSO, M^a, C., “La edad”. Op. Cit., p. 186.: “La mayoría de edad sufrió variaciones: de los veinticinco años del Derecho romano a los veintitrés iniciales del Código Civil de 1889, los veintiuno de la Ley de 13 de noviembre de 1943 (incorporada en al Código Civil en 1972) hasta los dieciocho años de la actualidad fijados por el R. D. 33/1978, de 16 de diciembre, en el artículo 315 del C.c. y luego constitucionalizada en el artículo 12 C.E.”.

Por otra parte, define muy bien el autor DE CASTRO³⁴⁹: “el hombre como persona física, es una realidad con la que ha de contar el Derecho como algo inmediato y de soslayable consideración”, con referencia a la capacidad que se otorga en el Derecho al hombre en la sociedad. Por lo que, también se debe atender a la edad del hombre para tener capacidad de obrar, como habíamos estudiado anteriormente y aportan los autores DIEZ PICAZO y GULLON³⁵⁰: “Así, por ejemplo, la edad es una cualidad inherente a la persona que es tenida en cuenta por el Derecho para atribuirle una distinta capacidad de obrar”.

Por otra parte, en nuestro C.c., podemos observar que el menor sin haber alcanzado la mayoría de edad, tiene capacidad de obrar siempre que sea un menor emancipado, como muy bien lo señala el art. 323 C.c., o, pueden realizar testamento a partir de los catorce años según el art. 633 C.c. Ante esta situación, opinamos que en la L.P.P.D., un discapacitado físico o sensorial, con la capacidad de obrar suficiente³⁵¹, puede constituir un P.P., siempre que sea emancipado según el art. 323 C.c., con la edad dieciséis años como menciona el art. 319 C.c., y al mismo tiempo acepta las aportaciones, lo que no podrá es realizar actos de disposición, como la administración del P.P., atendiendo al art. 323 C.c. Al respecto, la doctrina entiende las facultades que tiene el menor emancipado, entre los autores

³⁴⁹ DE CASTRO y BRAVO, F., (1972). *Temas de derecho civil*. Madrid: Marisal, p. 67.

³⁵⁰ DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (1978). *Sistema de Derecho Civil I*. Op. Cit., pps. 272- 273.

³⁵¹ De la misma forma, que tiene la capacidad de obrar suficiente la persona discapacitada menor de edad, puede negarse a constituir un P.P., como aporta la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 62.: “En los supuestos en los que el discapacitado tiene capacidad de obrar suficiente, si no quiere constituir el patrimonio protegido no se podrá suplir su consentimiento. Él y sólo él pueden constituirlo”.

cabe mencionar al autor GALLEGO DOMÍNGUEZ ³⁵² que entiende: “como norma general, conforme al art. 323 C.c., pueden realizar cualquier acto de la vida jurídica como si fueran mayores de edad, si bien existen una serie de excepciones, entre ellas cabe destacar la enajenación de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles y objetos de extraordinario valor, para lo que necesitarán la asistencia de sus padres o curadores. Es claro que si se trata de aportar bienes muebles no incluidos en el art. 323 C.c., ninguna duda, existirá en que pueden hacerlo por sí solos los menores emancipados o habilitados por la edad, en cuanto a la aportación de bienes indicados en el 323 C.c., lo más prudente es entender que necesitan la asistencia de sus padres o curador, en cuanto que la incorporación de tales bienes los coloca bajo el ámbito del administrador que podrá realizar con dichos bienes actos de disposición sin necesidad de autorización judicial”.

Por otro lado, sobre la aplicación de la emancipación a los menores discapacitados la doctrina, entiende que si son discapacitados físicos o sensoriales, si tienen la facultad de crear su P.P., como aporta el autor SEDA HERMOSÍN³⁵³: “pues entiende que los discapacitados físicos

³⁵²GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 130. PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 62, al señalar: “si al patrimonio se han aportado inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, el menor emancipado no puede disponer por sí sólo de los mismos y, como administración comprende la disposición, difícilmente el menor emancipado podrá transmitir la administración de tales bienes a otro cuando él no la tiene por completo. Por ello, entendemos que, incluso aunque los bienes sean aportados por terceros, el menor emancipado no podrá por sí sólo constituir el patrimonio protegido, si al mismo se aportan los bienes mencionados”.

³⁵³SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 11. GETE- ALONSO, M^a. C. (Dir. Alonso Olea, M., et al.) (1985). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. (1^aEd.). Madrid: Civitas, pps. 51-52, refiriéndose al art. 164 C.c.: “La novedad más importante se encuentra en la regulación que se contiene en el artículo 164. 4^a C.c. (se refiere al art. 164. 3^o C.c.) en orden a la administración de ciertos bienes que

menores de edad, pero mayores de dieciséis años, por aplicación analógica del artículo 164 C.c., tienen capacidad de obrar suficiente para constituir por sí mismos su P.P., (el autor entiende que estos casos son poco frecuentes), o bien para prestar su conformidad a la constitución que haga un tercero o a las aportaciones posteriores que igualmente realice cualquier persona”.

Por todo, lo expuesto en este punto entendemos que un menor de edad con capacidad de obrar suficiente de obrar y emancipado, si puede crear un P.P.

3. LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR LOS PADRES O TUTORES

Al respecto, cabe mencionar que están plenamente legitimados los padres o tutores, para la creación del P.P.³⁵⁴ De la misma forma, se

componen el patrimonio del menor. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Particularmente pienso que actos de administración extraordinaria son todos aquellos que exceden de lo que suponga la conservación, el mantenimiento, la defensa y la obtención de los rendimientos normales (cfr. 185.3.º C.c.) de dichos bienes (a lo que, conjuntamente calificaría como actos de administración ordinaria)”. Con la conclusión a esto que realiza la autora GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 140, al señalar: “Igualmente si el menor discapacitado se encuentra emancipado, los padres complementarán su capacidad, e intervendrán en la constitución del patrimonio protegido junto a su hijo”.

³⁵⁴ Por lo que, aporta el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., pps. 11-12.: “Los padres, progenitores que ejercen la patria potestad ordinaria sobre el discapacitado que es menor de edad, independientemente de que haya sido o no judicialmente discapacitado o lo que denomina progenitores que ejercen la patria potestad prorrogada o rehabilitada refiriéndose a los discapacitados judicialmente . Progenitores que cuidan del discapacitado

defiende la idea que el beneficiario, sea generalmente una persona con discapacidad psíquica³⁵⁵, aunque nosotros entendemos que también son beneficiarios las personas con discapacidad que tienen un grado de discapacidad física o sensorial, como señala la L.P.P.D.³⁵⁶. Por lo que, en la actualidad existen accidentes de tráfico, enfermedades degenerativas, o, de nacimiento que constituyen una discapacidad, pues a causa de estas situaciones estudiaremos más adelante la figura jurídica de la constitución del P.P., mediante el apoderamiento.

3.1. Constitución del patrimonio protegido por los padres

Al respecto, la autora GARCÍA PEREZ³⁵⁷ distingue a los padres en tres estadios, ante la persona discapacitada:

“ a) Los padres en su condición de representantes legales del hijo menor discapacitado (patria potestad).

mayor de edad y no incapacitado judicialmente. Los padres no ejercen sobre el discapacitado ninguna función de representación legal, son unos verdaderos guardadores de hecho”. Por tanto, el autor distingue las diferencias entre los padres que ejercen la patria potestad, pudiéndose incluir a tutores y curadores, y los que cuidan de la persona discapacitada que serían los guardadores de hecho, considerándolos todos legitimarios para la constitución del P.P.

³⁵⁵ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 391, entiende: “La persona con discapacidad tenga pocas posibilidades de formar un patrimonio y será entonces la familia la que tendrá que subvenir a las necesidades de la persona con discapacidad”, por lo que el autor se remite a la finalidad de la L.P.P.D.

³⁵⁶ Art. 2.2º de la L.P.P.D.: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

³⁵⁷ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p.140.

b) Los padres ante el hijo mayor si está sometido a patria potestad prorrogada o rehabilitada

c) El hijo mayor discapacitado no tenga las facultades de autogobierno y, por tanto, sea susceptible de ser incapacitado, sin que los padres hayan instado la incapacitación.”.

Al respecto, cabe señalar que la primera situación que se encuentran los padres ante un menor no incapacitado judicial, pues ostentan la patria potestad, como el autor SEDA HERMOSÍN³⁵⁸ aporta: “en el primer supuesto, se requiere actuación conjunta de ambos padres, y por discrepancia, entendemos que cabe el recuso de la autoridad judicial en aplicación analógica del artículo 3.2º de esta Ley³⁵⁹ y directa del artículo 156. 2º C.c.”. Por lo que, pensamos que cabe constituir el P.P., solamente por un progenitor que ésta conforme, pudiéndose el otro progenitor oponerse mediante recurso ante la autoridad judicial.

En otro orden de cosas, cabe señalar el supuesto de los hijos mayores sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada, en este caso existiría una sentencia judicial de incapacidad. Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN³⁶⁰ aporta: “por lo demás el régimen es idéntico al que hemos expuesto”.

³⁵⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 11.

³⁵⁹ El art. 3.2º de la L.P.P.D., señala: “En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará al juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad”.

³⁶⁰ SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 12.

Por otro lado, en el supuesto de que el hijo mayor discapacitado no tenga las facultades de autogobierno, y por tanto sea susceptible de ser incapacitado, sin que los padres hayan instado la incapacitación, estaríamos ante una presunción de capacidad, como entiende la autora ESTRENA PALOMERO³⁶¹: “si se trata de una persona con discapacidad sin resolución de modificación de su capacidad de obrar, creo que debe estar presente en el momento de la constitución, o en un momento previo para realizar la valoración de su capacidad, dependerá del juicio de la capacidad natural”. Por lo que, tendremos que aplicar por analogía el art. 199 C. c.

Por otra parte, sostenemos la idea del autor GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁶² que entiende: “en caso de que se constituya el P.P., con bienes propios del discapacitado cuyo patrimonio administran están sometiendo el patrimonio del hijo a un especial régimen jurídico en beneficio del propio hijo, lo que no tiene la naturaleza tal disposición. Tal constitución no queda sujeta a la autorización judicial previa del art. 166 C.c., pues queda sujeta a las normas del C.c., en materia de potestad.

En el caso que los padres constituyan el P.P., con bienes propios que transmiten al hijo, estaremos en presencia de una auténtica donación al discapacitado, si el acto de disposición a título gratuito es realizado inter vivos. El mismo autor se pregunta si podría crearse un P.P., en acto “mortis causa” en testamento, y expresa el ejemplo que es como la posibilidad existente en nuestro sistema de constituir mortis causa fundaciones, por lo que entiende que sí se puede constituir un P.P., en acto mortis causa en

³⁶¹ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1002.

³⁶² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 131.

testamento”. Por tanto, nosotros tendríamos la duda que bienes hereditarios podrían constituir el P.P., cuestión que estudiaremos más adelante.

3.2. Constitución del patrimonio protegido por el tutor

La constitución del P.P., por parte del tutor es análoga³⁶³, en cuanto a la aplicación del régimen jurídico con relación a la de los padres.

Por otra parte, el elemento que diferencia a la figura jurídica del tutor es el resultado de la sentencia de incapacitación de la persona con discapacidad, como aporta el autor SEDA HERMOSÍN³⁶⁴: “el discapacitado necesariamente debe haber sido previamente incapacitado, pues no existe tutela sin incapacitación judicial”.

Por otro lado, el tutor puede actuar en la forma de constituir el P.P., de dos formas: la primera sería la constitución del P.P., de bienes del propio discapacitado³⁶⁵, y la segunda sería la constitución del P.P., por

³⁶³ Al respecto, el autor O’CALLAGHAN, X., (Coord. Serrano García, I.) (2003). “La tutela, actos personalísimos”, en AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado*. I Congreso Regional. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 157, aporta: “La tutela es paralela a la patria potestad. Tiene la misma finalidad y cumple la misma función. El tutor vela al tutelado, Es representante legal del mismo. Administra y dispone, con fuertes controles, su patrimonio”.

³⁶⁴ SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 12.

³⁶⁵ Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 133, aporta: “El tutor que tenga facultades de administración del patrimonio del tutelado que se encuentre discapacitado podrá constituir un patrimonio protegido a favor del mismo con los bienes del propio pupilo. Tal constitución entendemos no estaría sujeta a la autorización judicial previa del art. 271.2 C.c., pues la constitución de un patrimonio protegido no constituye un acto de

medio de los bienes del tutor, en este caso estaríamos ante una transmisión de bienes y constitución del patrimonio “intervivos”³⁶⁶. Además como habíamos mencionado anteriormente en los padres, el tutor puede también constituir un P.P., “mortis causa”.

Por otra parte, podemos pensar que existen varios tutores de la persona con discapacidad, ante esta situación el autor SEDA HERMOSÍN³⁶⁷ aporta: “en el caso de ser varios, actuarán según las reglas previstas en la resolución judicial de su nombramiento (de forma mancomunada o solidaria)”.

Por otro lado, la autora GARCIA PÉREZ³⁶⁸ entiende: “no prevé la Ley el supuesto de que la tutela sea ejercida por una pluralidad de tutores (art. 236 C.c.), y añade, sí se recogía este aspecto El Borrador de la Fundación Aequitas que preveía que “cuando la tutela se halle escindida la decisión corresponderá a los tutores conjuntamente” (art.2.3b). En tal caso, la actuación de los tutores deberá acomodarse a lo dispuesto en los artículos 237 y 237 bis C.c., que prevén como regla general la necesidad de actuación conjunta³⁶⁹”. Por nuestra parte entendemos que pueden existir varios tutores, y se regirán según lo previsto en la sentencia de incapacitación, afectando esto tanto al discapacitado, como al P.P., siempre

disposición de bienes del pupilo”. Por nuestra parte entendemos que sí requiere autorización judicial por parte del tutor conforme al art. 271 C.c.

³⁶⁶En este sentido, el autor GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 133, entiende que: “El tutor, ya sea del patrimonio o de la persona, podrá con sus bienes - con bienes y derechos del tutor- constituir un patrimonio protegido a favor de su pupilo”.

³⁶⁷SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 12.

³⁶⁸ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 141.

³⁶⁹ Vid. Arts. 236, 237 y 237 bis C.c.

que estos fueran solidarios en su actuación, y además tendrían la facultad estos de crear conjuntamente el P.P., de la persona discapacitada.

3.3. Constitución del patrimonio protegido por el curador

La figura jurídica del curador respecto a la persona discapacitada ha sido criticada por la doctrina³⁷⁰, pese a las críticas entienden que el curador sí puede crear un P.P., como aporta el autor SEDA HERMOSÍN³⁷¹ “igualmente puede el curador constituir un P.P.”.

Por otra parte, la autora GARCÍA PÉREZ³⁷²: “admite la constitución pero con ciertas reticencias, con limitaciones expresas a la figura jurídica del curador”. Lo que indica que la persona sometida a curatela es una persona con discapacidad con capacidad suficiente, como indica la autora

³⁷⁰Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 13, aporta: “Pero la técnica empleada por la ley parece aquí defectuosa. Es discutible si la constitución del P.P. corresponde en exclusiva al curador (como parece decir la ley literalmente) o sí la constitución corresponde al menor o incapaz sujeto a curatela con el complemento de capacidad del curador, lo que parece acorde con el modus operandi de esta figura en nuestro Derecho Civil. Así lo entienden MARÍN CALERO y SERRANO GARCIA”.

³⁷¹SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 13. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 133.: “No obstante, hemos visto que la Ley otorga al curador la facultad de constituir un patrimonio protegido del discapacitado”.

³⁷²GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 142, al manifestar: “En general la doctrina entiende que, pese al tenor literal de la Ley, la actuación del curador en orden a la constitución del patrimonio protegido debe acomodarse a la naturaleza jurídica de la figura y limitarse, por tanto, a la mera asistencia o complemento del curatelo”.

ESTRENA PALOMERO³⁷³: “necesita el complemento de capacidad del curador, el negocio lo debe constituir la persona con discapacidad con asistencia del curador. Éste es el supuesto más evidente de la persona con capacidad de obrar suficiente”. Por tanto, tendrá que decidir el curatelo si acepta el nombramiento del curador a los efectos de la constitución del P.P.

Por lo que, la autora ESTRENA PALOMERO³⁷⁴ entiende que: “el curador podrá impulsar la idea, pero la constitución corresponderá a la persona con discapacidad, debidamente asistida por él”. Lo que demuestra que no existe unanimidad en la doctrina sobre la constitución del P.P., por medio del curador.

Por otra parte, nuestra Jurisprudencia es favorable al reconocimiento del curador de la persona discapacitada, pero no solamente a los efectos patrimoniales, al respecto cabe mencionar la S.A.P. Barcelona 28 de julio, núm. 493/2004 (Sección 18ª) (Ponente: Ilma. Sra. Margarita Blasa Noblejas Negrillo) JUR 2004\211573, en su Fundamento de Derecho Tercero, que señala: “Gobierna su vida, vive sola y se cuida, por todo lo cual, deberá conservar al máximo su condición de persona civilmente reconocida y vigilarse en la forma de curatela su tratamiento y condición”.

Por tanto, como aporta el autor SOTO RUIZ³⁷⁵: “la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que imponga la sentencia que la haya establecido”. Por tanto, implicará

³⁷³ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1002.

³⁷⁴ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1003.

³⁷⁵ SOTO RUIZ, J. J., (Dir. De Lorenzo, R., y Cayo Pérez Bueno, L.) (2007). “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 609.

que en la sentencia si no consta la constitución del P.P., por parte del curador no se podrá crear el P.P., con los bienes del curatelo.

Ante esta cuestión, puede que el curatelado se oponga a la creación del P.P., por parte del curador. Al respecto, la autora GARCÍA PEREZ³⁷⁶ entiende: “en el caso planteado, teniendo el curatelado limitada la capacidad de obrar, no parece que deba primar absolutamente su voluntad, por lo que cabe pensar en la posibilidad de que sea el juez quien resuelva la discrepancia, ordenando lo que estime procedente en beneficio del discapacitado”. Por lo que, nos remitimos a la L.P.P.D. en su (E. M. III) que señala: “La constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo”, por lo que no procederá en ningún caso en contra de la voluntad del beneficiario si éste tiene capacidad de obrar suficiente.

Al respecto, entendemos en este caso que sí se puede constituir el P.P., con los bienes del curador, si la persona discapacitada no tiene restricción a efectos patrimoniales, en este caso no sería necesaria la actuación del Juez, todo lo contrario sería si tuviera restricción sobre los bienes patrimoniales.

Por otra parte, como aporta la autora GARCÍA PÉREZ³⁷⁷: “el artículo 3.1b) de la Ley sitúa al mismo nivel a padres, tutores y curadores en orden a la constitución del patrimonio protegido, desconociendo las diferencias

³⁷⁶ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 143.

³⁷⁷ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 141, y siguiendo adicionalmente cabe citar la S. A. P. Vizcaya 18 de enero, núm. 51/2010 (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Reyes Castresana García) JUR 2010\149718, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa, a su vez adaptables a cada situación: a) la incapacitación. b) la curatela”.

de contenido y funcionamiento”. Por tanto, como estamos estudiando estas figuras jurídicas son diferentes, pero pueden actuar en la constitución del P.P. Por lo que, la autora PEREÑA VICENTE³⁷⁸ entiende: “que no es otra cosa que una falta de precisión del legislador”.

Por otra parte, la doctrina pretende demostrar la ampliación de los poderes que se confieren al curador en la constitución del P.P. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁷⁹ entiende: “que la posibilidad que consagra la Ley 41/2003 puede interpretarse del siguiente modo: el curador puede constituir dicho patrimonio con sus bienes propios, no con los del menor emancipado discapacitado o del pupilo discapacitado e incapacitado”. Al respecto, nosotros entendemos que la postura del autor es la más correcta pues la Ley le concede esta facultad al curador, y en parte le concede la facultad asistencial al curatelo.

3.4 Constitución del patrimonio protegido por el guardador de hecho

Como indica el autor SOTO RUIZ³⁸⁰: “por un lado guarda de hecho stricto sensu, verdadera situación de hecho que no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse sino tan sólo producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado”. Por tanto, sobre el guardador de hecho solamente el C.c., dedica tres arts. 303, 304 y 306.

³⁷⁸ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 67.

³⁷⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p.134.

³⁸⁰ SOTO RUIZ, J. J., “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”. Op. Cit., p. 611.

Al respecto, como constatamos en las referencias de nuestro C.c., no tiene un concepto claramente específico del guardador de hecho, pudiéndose definirse como una situación real de una atención de manera informal encontrándose principalmente en las personas incapaces o incapacitados judiciales que carecen de representación tanto por parte de una persona física o jurídica, y que no tiene legitimación judicial, se encarga el guardador de hecho de cuidar a la persona discapacitada inclusive de su patrimonio y de una manera más sucinta como define el autor O'CALLAGHAN³⁸¹: “es la gestión por una persona que no es tutor, de la persona y del patrimonio de un menor o incapacitado”, y siguiendo adicionalmente el art. 3.1º c) de la L.P.P.D., permite al guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica constituir en beneficio de esta un P.P., “con los bienes de sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubieran de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario”³⁸². Al respecto, nuestra duda es que el art. 3.1º c) L.P.P.D., habla de discapacidad psíquica en cuanto a la constitución del P.P., y por otro lado el art. 2.2º b) del mismo cuerpo legal señala como beneficiarios del P.P., “las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”. En este punto parece ser que el legislador, solamente pensaba en las personas con minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 como señala el art. 2.2º

³⁸¹ O'CALLAGHAN, X., (Dir. Laorden J., Coord. Terreros J. L.,) (2007). “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos.* (Vol.I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p.356.

³⁸² Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., pps. 13-14, entiende: “Por tal debe entenderse toda persona que careciendo de potestad legal sobre un menor, un incapacitado, o un incapaz no incapacitado judicialmente ejerza sobre ellos funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia y protección, o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses”.

a) de la L.P.P.D. Ante esta situación pensamos que también pueden ser guardadores de hecho de las personas con discapacidad física, sensorial o psíquica puesto que son beneficiarios del P.P.

Al respecto, la cuestión que nos preguntamos es, ¿si el guardador de hecho, puede constituir el P.P.? Como entiende la autora GARCÍA PÉREZ³⁸³: “La Ley 41/2003 parece optar, confiriendo al guardador de hecho legitimación directa, sin necesidad de que el juez le autorice, para constituir un P.P.”. Por lo que, se desprende que a efectos últimos sería el Juez quien dilucidaría, esta situación.

Por otra parte, como se desprende del art. 3.1º c) de la L.P.P.D., sobre los bienes que puede constituir el guardador, nosotros consideramos que puede ser una persona distinta a los padres de la persona discapacitada.

Por otro lado, no descartamos en la figura de guardador de hecho a los padres o al padre, como aporta el autor SEDA HERMOSÍN³⁸⁴: “aquí encajaría la figura de los padres que cuidan del hijo mayor de edad discapaz, pero no incapacitado judicial”, lo que implica que podrán constituir el P.P., con sus bienes, o, otros diferentes³⁸⁵.

³⁸³ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 146.

³⁸⁴ SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 14.

³⁸⁵ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 14, entiende: “que los padres que cuidan al discapaz mayor de edad y no incapacitado judicial, puedan hacerle donación de algunos bienes y constituir con ellos P.P.”.

Por otro lado, entendemos que el art. 3.1º c) L.P.P.D., no expresa “en interés del beneficiario”, sino “en beneficio de éste”³⁸⁶. Al respecto, entendemos que el art. 304 C.c. menciona en interés del menor o presunto incapaz. Por tanto, los actos que están en contra del interés de incapaz o personas discapacitada, ¿pueden impugnarse? Al respecto, la autora GARCÍA PÉREZ³⁸⁷ señala: “la guarda de hecho es una situación transitoria en la que puede encontrarse, una persona discapacitada”. Por tanto, se tendrá que ajustarse a su transitoriedad el guardador o guardadores de hecho, mientras lo ejerzan sobre la persona discapacitada y si que se podrán impugnarse, siempre que tenga la guarda de hecho de la persona discapacitada.

Por otra parte, nuestra pregunta es, ¿cómo se aprecia la existencia del guardador de hecho, no existiendo título judicial o administrativo que lo acredite? Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN³⁸⁸ señala: “por el convencimiento personal del Notario autorizante de la escritura de constitución de P.P., a través del juicio de notoriedad (mediante el Notario), equiparable al juicio de capacidad que emite el fedatario ante la intervención de las personas que concurren a un otorgamiento”. De esta forma, si el guardador de hecho demuestra que actuó con buena fe y no

³⁸⁶ En este sentido, cabe citar la S. A. P. Vizcaya 18 de enero, núm. 51/2010 (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Reyes Castresana García) JUR 2010\149718, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003”. Por lo que, nos da a entender que el guardador de hecho es una figura de protección respecto a la persona con discapacidad.

³⁸⁷ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 145.

³⁸⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 14

causó a la persona discapacitada ningún acto perjudicándole, el Notario actuará en consecuencia. Por lo que, entendemos que la figura esencial es el Notario quien va a autorizar la constitución del P.P.

A la vista de lo que hemos estudiado, nuestra conclusión en la figura jurídica del guardador de hecho sobre la constitución del patrimonio, primero como la L.P.P.D., señala el mismo puede formar un P.P., con los bienes de la persona discapacitada³⁸⁹, y segundo puede constituir el P.P, con sus bienes propios³⁹⁰.

Por otra parte, refuerza la seguridad jurídica, de la actuación del guardador de hecho, por medio del Notario o los Jueces.

3.5. La constitución del patrimonio protegido por “cualquier persona con interés legítimo”

La constitución del P.P., como enuncia el art. 3.1º.2º de la L.P.P.D.: “Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obra suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”. Es una forma de auxiliar a la persona discapacitada, la norma intenta decirnos que los padres, tutores o curadores

³⁸⁹ Art. 3.1º c) de la L.P.P.D., señala: “El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir patrimonio protegido con los bienes de sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubieran de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario”.

³⁹⁰ Mediante la aplicación del art. 303 C.c.

no son los únicos que están condicionados para actuar en la creación del P.P., pues “cualquier persona con interés legítimo”. Por lo que, entendemos es una forma de no dejar desamparada a la persona discapacitada.

Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁹¹ entiende sobre “cualquier persona con interés legítimo” son: “otros sujetos, que sí bien no pueden constituirlo per se, sí pueden pedir su constitución ofreciendo bienes y derechos a los sujetos que legalmente tienen dicha facultad- serían “promotores” de su constitución”. En este caso, entendemos que pueden pedir la constitución del P.P., personas que no están incluidas en la Ley como el cónyuge o familiares, creando una seguridad a la persona con discapacidad.

Por lo que, en lo que se refiere a la constitución del P.P., sobre esta figura jurídica nos remitimos (E. M. III) de la L.P.P.D., que señala: “La constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio”. Por tanto, como manifiesta la norma, podría ser que cualquier persona con “interés legítimo” quien realizará la constitución con sus propios bienes y no con los de la persona discapacitada. En este caso, exponemos el ejemplo una persona con una discapacidad física³⁹², y se le hubiera nombrado curador por este hecho, sí podría una persona con interés legítimo crear un P.P., pues como señala el art. 3.1º.2º de la L.P.P.D: “Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con

³⁹¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 128.

³⁹² Debemos remitirnos al art. 2.2º b) de la L.P.P.D., que señala: “las afectadas por una minusvalía física igual al 65 por 100”.

discapacidad”, siempre que la persona con discapacidad le manifieste su consentimiento.

Por otra parte, como señala el art. 3.1º.2º de la L.P.P.D.: “en su caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido”, en este aspecto entendemos que sería cuando la persona con discapacidad psíquica parcial o total, la persona con “interés legítimo” tendría que pedir consentimiento al curador o tutor, en el caso de discapacidad psíquica parcial si la persona tuviera “suficiente capacidad de obrar”, si aceptasen sus representantes legales, la persona con “interés legítimo” tendría que esperar a la constitución del P.P., y así al proceder a la aportación de bienes, pudiendo éste tener problemas en el documento constitutivo para la administración del P.P., con la opción de acudir a los tribunales.

Otra cuestión que señala la autora sobre el “interés legítimo” GARCÍA PÉREZ³⁹³: “independientemente de que entre tercero solicitante y discapacitado-beneficiario exista o no un vinculación familiar”. Por tanto, también entendemos que pueden ser personas jurídicas.

Por lo que, previamente, o al tiempo de la solicitud de constitución del tercero debe ofrecer una aportación de bienes y derechos adecuados, suficientes para ese fin, por tanto los bienes y derechos aportados tienen que ser dignos para la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, por tanto implicará sí es a efectos pecuniarios que no sea una cantidad insuficiente.

³⁹³ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 149-150.

Por otro lado, como habíamos mencionado anteriormente, cabe la posibilidad de la negativa de uno de los padres o los tutores en la solicitud de la aportación de bienes y derechos, aunque el otro admita su consentimiento y además si la negativa es injustificada, y siempre es en interés de la persona discapacitada, se tendrá que acudir al Ministerio Fiscal instando al Juez, para que considere lo que es más beneficioso para la persona discapacitada³⁹⁴, otro caso diferente será cuando existan varios tutores³⁹⁵, y por último sí estima el Juez crear un P.P., ante la negativa de sus representantes legales, mediante una sentencia será considerada la constitución del P.P.,³⁹⁶ en el art. 3.2º último párr., de la L.P.P.D., señala: “El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido”. Por tanto, lo que pretende el legislador ante esta negativa de las personas legitimadas que pueden constituir el P.P., es no vulnerar la situación de la persona discapacitada en aras de su actitud.

Por otra parte, ¿que ocurre cuando existe un discapacitado mayor de edad, no incapacitado judicial, pero que esta al cuidado de sus padres que no tienen patria potestad sobre él? Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN³⁹⁷ entiende que: “el tercero con interés legítimo debe acudir al

³⁹⁴Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 97, entiende: “pero en el supuesto de que el discapacitado no tenga capacidad de obrar suficiente y la negativa proceda de los padres, tutores o curadores, y resulte injustificada, el que a vez instará del Juez lo que proceda atendiendo siempre al interés del discapacitado”.

³⁹⁵ Vid. Art. 237 bis C.c.

³⁹⁶En este sentido, la autora ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1006, aporta: “El procedimiento judicial del que emane la decisión de constituir (o aportar) el patrimonio protegido será un expediente de jurisdicción voluntaria”. Por tanto, entendemos que es muy diferente a la escritura notarial.

³⁹⁷SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p.16.

Ministerio Fiscal para que inste del Juez la constitución del P.P.”. En este caso, también tendría que cuestionarse la capacidad suficiente de la persona discapacitada, porque esta será la que tiene que decidir sobre la constitución o no del P.P., y en esta última instancia estaría el Juez.

Por otra parte, entendemos que también debe contarse con el consentimiento de los padres, aunque no ejerzan patria potestad en sentido legal, y como elemento analógico, entendiéndose el consentimiento previsto en el art. 3.2º. 2º párr., de la L.P.P.D.,³⁹⁸ es un derecho de veto concedido a ciertas personas, y no un requisito de validez, por lo que en este caso podría constituirse sin consentimiento de nadie, ni si quiera de los padres, guardadores de hecho, sin perjuicio del derecho que a éstos asiste para acudir al Ministerio Fiscal requiriéndole al Juez para que actúe y provea lo que corresponda, incluso la extinción del P.P. En este último caso, como hemos visto el primero que tiene que cuestionar sobre la constitución del P.P., es el Notario y en su última consecuencia se acudiría al Juez.

Por otro lado, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁹⁹ cuestiona la facultad de crear un P.P., por medio de una resolución judicial, y al mismo tiempo realizando una incapacitación, y esgrime dos elementos diferentes: “Ciertamente, ésta podría ser una medida beneficiosa para el discapacitado, pero lo cierto es que la Ley parece cerrar el círculo de los sujetos que pueden constituir el P.P., y entre ellos no se encuentra el Juez que éste conociendo de un procedimiento de incapacitación o que resuelva el

³⁹⁸ Art. 3.2º.2º párr., de la L.P.P.D., señala: “de sus padres, tutores o curadores la constitución de un patrimonio protegido”.

³⁹⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 140.

mismo. Otra cuestión es que de lege ferenda pensemos que debería modificarse la Ley en este sentido”. Por lo que, entendemos la postura del autor que da la oportunidad a la idea que sostiene siempre que se atienda a la modificación de la norma.

Por otra parte, el primer elemento que encontramos respecto a terceros no pueden constituir directamente el P.P., sino “solicitar de la persona con discapacidad” como lo señala el art. 3.1º.2º de la L.P.P.D.,⁴⁰⁰ y el segundo elemento es la facultad que tiene la persona con discapacidad siempre con “capacidad de obrar suficiente” de admitir o negarse a constituir el P.P., solicitándolo el tercero en “prima facie”, y si no hubiera acuerdo entre las partes legitimadas, acudirían, al Juez quien decidiría la constitución del P.P., contemplando en caso de auxilio en beneficio de la persona discapacitada, como señala el art. 3.1º.2º, último párr., de la L.P.P.D.: “Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinara el contenido”.

Al respecto, la autora GARCÍA PÉREZ⁴⁰¹ aporta: “El defensor judicial es otra de las figuras de guarda y protección de menores e incapacitados que, sin embargo, no es mencionada por la Ley 41/2003 a los efectos de constituir un patrimonio protegido”.

Enumerando la autora en las causas que debería actuar:

⁴⁰⁰ Art.3.1º.2º de la L.P.P.D., señala: “Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en su caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores la constitución de un patrimonio protegido”, y siguiendo adicionalmente el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p.14, aporta: Los terceros NO pueden constituir directamente el P.P., sino solicitar su constitución”. En el caso que se negaran los padres, tutores o curadores.

⁴⁰¹ GARCÍA PÉREZ, R., “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 146-148.

“a) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre menores o incapacitados y sus representantes legales o curadores.

b) Cuando por cualquier causa el tutor o el curador no desempeñare sus funciones.

c) Mientras se sustancia el procedimiento de incapacitación, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá nombrar un administrador judicial que se haga cargo de los bienes.

Por tanto, consideramos que el defensor judicial es un auxilio ante estas posibilidades, y aunque no se constate en la norma puede actuar en consecuencia a lo anteriormente señalado por ser persona de “interés legítimo”.

Por otra parte, habíamos mencionado el concepto de la autotutela, como figura jurídica en el P.P., como aporta la autora PALOMINO DÍEZ⁴⁰²: “Incluso llegó a considerar por la doctrina la conveniencia de la regulación del apoderamiento preventivo a fin de que la autorregulación de las situaciones de pérdida de capacidad fuera completa”. Ante esta figura jurídica nos preguntamos, ¿puede constituirse un P.P., por medio de un apoderamiento, aunque la norma no lo exprese? Al respecto, la autora DE AMUNÁTEGUI⁴⁰³ entiende que: “se trata de apoderamientos que, solos o unidos a otras instituciones, permiten al sujeto participar de aquellas

⁴⁰² PALOMINO DÍEZ, I., (Dir. Navarro Viñuales, J. M.,) (2006). “La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y su reforma de la tutela”, en AA.VV., *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en agosto de 2005. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p.313.

⁴⁰³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*. Op. Cit., pps. 59-61.

decisiones que puedan afectarle en un momento futuro de pérdida de capacidad. Por lo que, se intenta de esta manera respetar, en la medida de lo posible, voluntades expresadas con plena consciencia en origen y que, a diferencia de la representación legal en que el tutor asume la toma de decisiones sobre la gestión de una persona o patrimonio ajenos, posibilitan la presencia del propio criterio de determinación del sujeto en todas aquellas actuaciones relacionadas con su esfera personal o patrimonial. Por tanto, en nuestro Derecho, los poderes preventivos han recibido cierto reconocimiento legal tras la publicación de la Ley 41/2003 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad recogidas en el art. 1732 C.c.". Especialmente la autora se refiere a las personas que tienen enfermedades degenerativas.

Por otra parte, el autor PÉREZ DE VARGAS⁴⁰⁴ entiende que: "al otorgar estos poderes no se extinguirán en el momento en que el poderdante haya perdido su capacidad, aunque haya perdido su facultad de revocarlo. Por lo tanto, el apoderado continuará actuando en nombre y por cuenta del poderdante, y los actos realizados por aquél seguirán produciendo efectos directamente en la esfera de este". En este caso, el autor entiende que es importante que el Notario le aconseje, antes de otorgar el poder preventivo.

Por otro lado, la autora DE AMUNÁTEGUI⁴⁰⁵ argumenta para no acudir a la incapacitación, pero sí a la discapacidad: "pues es sabido que la finalidad de la constitución del P.P., está en mente del legislador, en la

⁴⁰⁴ MUÑOZ VARGAS DE PÉREZ, J., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). "La reforma de los artículos 756 y 1732 del código civil por la ley 41/2003", en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 433.

⁴⁰⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*. Op. Cit., pps. 344-345.

función de mantenerse como una alternativa a la incapacitación, probablemente frecuente, que se compatibilice la constitución de un mandato y un P.P., sin acudir a la incapacitación”. Por tanto, entendemos que es una alternativa puesto que ya existe el mandato, pues cuando se realizó el mandato aún conservaba sus facultades mentales, y no tenía un grado de minusvalía.

Por lo que, consideramos una figura auxiliadora el mandato, ante una presunta y futura incapacitación, contando con la capacidad de obrar, en este momento de la futura persona discapacitada, eso sí como mencionamos anteriormente, con el consejo del Notario.

4. LOS ELEMENTOS FORMALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Como muy bien aporta el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁰⁶: “de este modo las dos formas hábiles para la constitución de un P.P., que se configura de este modo como acto jurídico formal o solemne, son el documento público notarial⁴⁰⁷ y la Resolución judicial”.

En el primer caso, el constituyente deberá formalizarlo ante el Notario quien admitirá o no la constitución del P.P.⁴⁰⁸ En el segundo caso, si surge

⁴⁰⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 147.

⁴⁰⁷ Vid. Art. 1216 C.c.

⁴⁰⁸ Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 148, entiende que es: “como en todo acto otorgado ante Notario, el mismo se halla obligado a realizar un juicio de capacidad del sujeto constituyente del patrimonio, lo que ha de tener

la negativa de la constitución del P.P., por los padres, tutores, curadores o la persona con interés legítimo, como aporta el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁰⁹: “la segunda vía de constitución es la Resolución judicial en los supuestos a que se refiere el art 3.2 de la Ley 41/2003”. De todas formas, está reflejado en el art. 17 -1 párr., primero de la Ley 28 de mayo de 1862⁴¹⁰ al señalar: “Las escrituras públicas tienen el contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos de todas clases”.

Por otra parte, el autor SEDA HERMOSÍN⁴¹¹: “entiende que la forma ordinaria de constitución del P.P., es el documento público notarial, siendo más concreta de la escritura pública (lo cual es un negocio jurídico). Igualmente hace notar la incorrección que supone hablar de documento público por contraposición a la resolución judicial, que también es documento público, aunque no notarial. Puesto, que entiende que la ley habría acertado hablando de escritura pública, como forma ordinaria de constitución, y de resolución judicial como mecanismo extraordinario”. En el segundo caso, que expone el autor actuará el Juez que dirimirá por medio

especial interés en los casos en los que lo sea el propio discapacitado, en cuyo caso el Notario deberá controlar particularmente que “tenga la capacidad de obrar suficiente”.

⁴⁰⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 148.

⁴¹⁰ B.O.E. 29 mayo 1862 RCL 1938\201nota. De la misma forma, el art. 144 párr., 2º del Reglamento del Notariado Decreto de 2 de junio 1944 RCL\ 1945\57. B.O.E. 7 julio 1944, núm. 188, rect. B.O.E. 4 agosto 1944, núm. 217, pág. 5912, señala: “Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases”.

⁴¹¹ SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 21.

de Resolución judicial, si una tercera persona tiene derecho a la constitución de un P.P., para una persona discapacitada⁴¹².

Por nuestra parte, afirmamos que el legislador tendría que haber diferenciado en la constitución del P.P., estos dos conceptos el documento público notarial, y la resolución judicial en la L.P.P.D.

Por otra parte, como es lógico en la constitución del P.P., hacen falta bienes y derechos para su creación. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴¹³ entiende: “por lo que podemos encontrarnos ante una donación, y recordemos, la donación de inmuebles exige escritura pública ad solemnitatem (art. 633C.c.), y la de bienes muebles documento de entrega o real (art. 632 C.c.). Con la conclusión del autor, que el requisito del art. 633 C.c., queda cumplimentado con el otorgamiento de la escritura pública de constitución del patrimonio, y lo mismo cabe decir con relación a la donación de bienes muebles”. De esta forma, en caso de la constitución de bienes o aportación en su momento de la constitución del P.P., queda claro en su art. 3.3 de la L.P.P.D., que señala: “El patrimonio protegido se constituirá en documento público”. Respecto a las aportaciones posteriores del P.P., es de necesidad la aplicación del documento público⁴¹⁴.

⁴¹² Al respecto el autor, SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 21, entiende: “La resolución judicial sólo operará en los casos en que, un tercero quiera constituir un P.P., para un discapacitado”.

⁴¹³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 148. SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 22, manifiesta: “Entiendo, sin embargo, que la exigencia de escritura pública es forma de ser, más que de valer”.

⁴¹⁴ Como expresa el art. 4.1º de la L.P.P.D., al señalar: “Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución”.

A este respecto, el autor SEDA HERMOSÍN⁴¹⁵, entiende que este precepto es criticable y esgrime un ejemplo: “Piénsese, por ejemplo, que la aportación dineraria, para que sea -fiscalmente atractiva, no debe superar los ocho mil euros anuales, por aportante, ni los veinticuatro mil euros al año, en el conjunto de las aportaciones. ¿Cada año vamos a recoger en escritura una aportación inferior a ocho mil euros? Esta exigencia, para las aportaciones posteriores de bienes que no sean inmuebles resulta, a nuestro juicio, excesiva y puede desincentivar los sucesivos aportes al P.P.”. Por lo que, implica un gasto excesivo en cada aportación, pues cada vez se tiene que escriturar notarialmente.

Por otra parte, la Ley 1/2009, de 25 marzo Discapacidad- Tutela⁴¹⁶ en su art. 2 Uno modificación art. 3.3 último párr., señala: “Igual remisión efectuarán las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución”. Por lo que, se admite la escritura en todo tipo de bienes, y al mismo tiempo la escritura pública goza de seguridad jurídica, respecto a las aportaciones⁴¹⁷.

Por otro lado, en los bienes muebles en las aportaciones posteriores, por parte del discapacitado beneficiario si tiene “suficiente capacidad de obrar” tendría que tener su consentimiento, en el caso contrario de no tener “la capacidad suficiente de obrar” serían como hemos mencionado

⁴¹⁵SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 22.

⁴¹⁶ RCL 2009\640 B.O.E. 26 marzo 2009, núm. 73, pág. 29137.

⁴¹⁷ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 22, entiende que: “el establecimiento de un patrimonio separado, sometido a un régimen de administración, disposición, supervisión y, extinción y sobre todo, sujeto a un régimen de responsabilidad debe tener una publicidad mínima, la de la escritura pública, reforzada con su constatación en los Registros pertinentes (Civil, de la Propiedad, y otros) no permitiría los beneficios fiscales establecidos por la Ley”.

sus representantes legitimarios (contemplándose en escritura pública). En las aportaciones de bienes inmuebles, también tendría que tener la aceptación de la misma forma que anteriormente habíamos mencionado, plasmándose en un documento público, siempre que sean aportaciones de un tercero.

Por lo que, consideramos que es necesaria la escritura pública para todo tipo de bienes, tanto muebles como inmuebles, también debemos considerar que se merma a las familias de las personas discapacitadas, según su posibilidad económica quedando reflejado en todo acto de negocio jurídico que se necesite escritura pública.

Por otra parte, la constitución del P.P., puede realizarse en actos “inter vivos” o “mortis causa”. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴¹⁸ entiende: “si bien la constitución inter vivos de los P.P.S. será normal, hemos defendido la posibilidad de que los padres, tutores y curadores pueden constituir P.P.S., por acto mortis causa, siempre que transmitan bienes al beneficiario- sea título de legado o de herencia- y la constitución se haga en testamento abierto notarial- para cumplir los requisitos de documentación pública del art. 3.3 de la L.P.P.D.”. Por lo que, sería sólo de aplicación el testamento abierto.

Por otra parte, puede que el discapacitado no tenga “capacidad suficiente de obrar”, por el contrario si tiene “capacidad suficiente de

⁴¹⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 148. Por lo que, nos tendríamos que remitir al art. 679 C.c., y como indica el art. 3.3 c) primer párr., de la L.P.P.D.: “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal”, lo que implica que no servirían otro tipo de testamentos mencionados en el C.c.

obrar”, podrá decidir sobre la constitución y las aportaciones, por medio de la figura jurídica testamentaria⁴¹⁹.

Por tanto, nos surgen dos preguntas, ¿qué ocurre si el hijo discapacitado con capacidad suficiente se niega a la constitución del P.P.? ¿Tendrá la pérdida de lo que se le constituya en el testamento o adquiere aunque no se constituya el patrimonio? Para la autora PEREÑA VICENTE⁴²⁰: “debe tener en cuenta que en lo que el hijo reciba del padre por herencia puede haber una parte que sea de legítima. Respecto a ésta no es posible imponer gravámenes ni condición, por lo que el hijo, aunque se niegue a constituir el patrimonio, tendrá derecho a la misma. Sin embargo, respecto a la parte que no sea legítima, entiende que debe cumplir la voluntad del testador, por aplicación del artículo 675 C.c., por lo que si no se constituye el P.P., el hijo perderá su derecho a esa parte de la herencia”.

Por tanto, entendemos que resultaría mermado este derecho que tendría el hijo discapacitado, si no constituyera el P.P., pues es un elemento indispensable para la persona con discapacidad, para la satisfacción de sus necesidades vitales.

⁴¹⁹ Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 79, entiende: “En este caso, el discapacitado tiene suficiente capacidad, ya hemos visto cómo sólo a él corresponde la facultad de decidir si constituye o no el patrimonio protegido, por el que, si admitimos que el padre o la madre lo pueden constituir en su testamento, podríamos estar alterando las reglas de la constitución”.

⁴²⁰ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 80. Por otra parte, el hijo puede repudiar la herencia con la aplicación del art. 1008 C.c.

4.1. El contenido del documento de constitución del patrimonio protegido

Como habíamos mencionado anteriormente el art. 3.3º de la L.P.P.D., señala: “Dicho documento público o resolución judicial, tendrá como mínimo”, pues como aporta la autora ESTRENA PALOMERO⁴²¹: “dispone que el título constitutivo debe incluir el inventario de bienes y derechos, las reglas generales de administración o fiscalización, y “cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo”, y añade, aquí es donde el trabajo del Notario debe prever extremos que aseguren que el P.P., va a cumplir el fin de cubrir las necesidades vitales de las personas con discapacidad”. Puesto que entendemos que en la constitución del P.P., existe un inventario de bienes y derechos, y la consideración de su valor económico⁴²².

En atención a la administración y fiscalización, como aporta la autora ESTRENA PALOMERO⁴²³: “son normas de administración, con el

⁴²¹ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1007.

⁴²²En este sentido, ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1007, aporta: “Si cada persona con discapacidad tiene un tipo de capacidad diferente, en grado distinto, dispone de un patrimonio de distinta naturaleza y valor”.

⁴²³ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 1007- 1008. Por lo que, la autora SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., (Coords. Sánchez Calero, J., García Pérez, R.,) (2006). “la administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, pps. 157-158, entiende: “debe constar en dicho documento, junto al inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio,

nombramiento de sucesivos administradores, instando al Ministerio fiscal para que solicite del juez competente “la excepción de la autorización judicial” con la fijación de normas especiales de fiscalización (auditorias externas,..)”. Por tanto, estas normas servirán para demostrar la solvencia del administrador.

Una vez constituido el P.P., cabe señalar que el Notario según la Ley 1/2009, de 25 marzo Discapacidad- Tutela⁴²⁴ art. 2 UNO. Se añade al art. 3.3º de la L.P.P.D., que señala: “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada”, como es lógico entendemos que se comunicarán las aportaciones posteriores que vayan integrándose al P.P.

Por otro lado, como causa de la firma electrónica producto de la vía telemática, la Ley de medidas 2002, Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social⁴²⁵, en su art. 110.1º señala: “Mediante el uso de la firma electrónica regulada en esta disposición podrán remitirse documentos públicos notariales, por parte de un Notario, a las Administraciones públicas o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio”, por lo que el Notario actuará con diligencia, por medio de este medio ante el Ministerio Fiscal como bien lo especifica la Ley 1/2009, de 25 marzo Discapacidad- Tutela,

las reglas para su administración y, en su caso, fiscalización- incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización”.

⁴²⁴ RCL 2009\640. B.O.E. 26 marzo 2009, núm. 73, pág. 29137.

⁴²⁵ RCL\2001\3248. B.O.E. 31 diciembre 2001, núm. 313, pág. 50493; rect. B.O.E. 24 mayo 2002, núm.124 pág. 18641; B.O.E 2 julio 2002, núm.157, pág. 23 963.

en su art. 2 UNO. Se añade al art. 3.3 de la L.P.P.D., por lo que, podrá actuar el Notario con más celeridad.

5. LAS APORTACIONES REALIZADAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO

El art. 4 de la L.P.P.D, especifica las aportaciones al P.P.:

“1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.

2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido.

Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

En el caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al Ministerio fiscal, quien instará del Juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

3. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido, el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado

bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las norma de derecho civil, foral o especial, que, en su caso fueran aplicables.”

Al respecto, como habíamos mencionado anteriormente, y además lo señala el artículo, las aportaciones que se realizan después de haberse constituido el P.P., se regirán en la misma formalidad que se constituyó el P.P.

El otro elemento será cualquier persona con “interés legítimo” podrá aportar bienes al P.P., consecuentemente a título gratuito, y que no estén sometidas a término, pues regirá para las personas legitimarias de la aportación, a no ser que exista negativa injustificada de los padres, tutores o curadores. Por último, cabe señalar la reversión de los bienes, que han sido aportados en caso de extinción del P.P.

5.1. Las personas que pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido

Como muy bien aporta la autora PEREÑA VICENTE⁴²⁶: “la Ley introduce un concepto jurídico indeterminado en este punto ya que no permite que cualquier persona pueda llevar a cabo una aportación, sino que se trate de “personas con interés legítimo”⁴²⁷. Por tanto, serán los

⁴²⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 73.

⁴²⁷ Como señala el art. 4.2º de la L.P.P.D.: “Cualquier persona con interés legítimo”.

legitimarios que señala la L.P.P.D.,⁴²⁸ incluso los ascendientes. Por lo que, se entiende que existe “interés legítimo”, ¿pero en otros casos podrá verificarse la aportación si se acredita? Siempre cuando son otros parientes del discapacitado. Ante esta cuestión la autora entiende: “ante esta determinación del legislador es sí podrá considerarse interés legítimo el que consiste en la intención de favorecer a un discapacitado mediante donación, cuando no exista vínculo familiar o de amistad”. Por tanto, se regirá mediante la aplicación del art. 624 C.c.

Por lo que, como habíamos comentado anteriormente, si la persona con discapacidad- beneficiaria tiene “suficiente capacidad de obrar”, tendrá que prestar su consentimiento ante la aportación en este caso puede ser una donación. Por lo contrario serán sus legitimarios quienes deben prestar el consentimiento, cuando la persona tenga una discapacidad psíquica, como señala la L.P.P.D.⁴²⁹.

Por otra parte, el autor SERRANO GARCÍA⁴³⁰ manifiesta otra figura jurídica: “la aportación por acogedores, y se remite al art. 15 Cuatro de la L.P.P.D., que señala: “las aportaciones al patrimonio protegido del contribuyente discapacitado efectuadas, por aquellos que lo tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento”, señalando el autor el acogimiento que recoge en los arts. 172 y s.s. C.c., que se constituye

⁴²⁸ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1141, entiende que pueden aportar al P.P.: “pese a no estar mencionados expresamente en el art. 4.2 de la L.P.P.D., los padres, tutores y curadores, pueden incluirse como posibles aportantes del P.P.”.

⁴²⁹ Art. 4.2º de la L.P.P.D., señala: “el consentimiento o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente”.

⁴³⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 413-414.

respecto a menores desamparados, o en situación de grave dificultad para ser atendidos por sus padres o tutores”, en este caso deberían prestar su permiso las personas legitimarias del menor, siempre que sea una persona con “interés legítimo”.

Por otra parte, el art. 4 de la L.P.P.D., no nombra en las aportaciones a la persona discapacitada como aportante, en este sentido debemos decir que el legislador se justifica en que la aportación que realiza una persona con “interés legítimo”, dando el consentimiento la persona discapacitada si tiene “suficiente capacidad de obrar”, lo que implica sólo la actuación jurídica de una tercera persona y de la misma forma que desaparece “el guardador de hecho”. Por otra parte, como había manifestado algún autor serían los padres (los guardadores de hecho) de la persona discapaz no incapacitada⁴³¹.

En otro sentido, el legislador se olvidó de las personas guardadoras de hecho, como los abuelos u otros familiares, pero sí pueden prestar consentimiento si realmente son los que representan esta figura jurídica. Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS⁴³² entiende: “aunque expresa

⁴³¹ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”.Op. Cit., p. 14, aporta: “A nuestro juicio, aquí encajaría la figura de los padres que cuidan del hijo mayor de edad discapaz, pero no incapacitado judicialmente”. En este caso, entendemos que tendrían que prestar consentimiento los padres, por la cuestión que no sería incapacitado pero si discapacitado.

⁴³² CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1141. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 97, manifiesta: “El artículo 4. 2 de la Ley 41/2003 únicamente asigna a lo padres, tutores o curadores la facultad de aceptar o rechazar la aportación ofrecida por “cualquier persona con interés legítimo”, planteando la duda de si aquellos pueden considerarse incluidos en esta última mención y, por consiguiente, legalmente legitimados para realizar aportaciones posteriores a la constitución. Al respecto, parece lógico concluir que sí pues, además de que la norma pese a que no los menciona expresamente tampoco los excluye”.

que en la Exposición de Motivos de la Ley , en el cuarto párrafo de su epígrafe III, entiende como personas que pueden aportar al P.P., por tercero “cualquier persona distinta de beneficiario de patrimonio protegido, incluidos padres, tutores y curadores”. En cambio en el artículo 4º. 2 de la Ley atribuye a los padres, tutores y curadores, solamente, el papel de aceptar o rechazar la aportación por “cualquier persona con interés legítimo”, el autor se pregunta, si el guardador de hecho, puede considerarse incluido en la expresión “cualquier persona con interés legítimo”. Su contestación es afirmativa, ya que presumible, las indicadas personas, normalmente más allegadas a la que sufre discapacidad, deben ser las interesadas en quien padece tal deficiencia, tenga un P.P., suficiente que satisfaga sus necesidades vitales. Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 4º de la Ley no menciona expresamente a las indicadas personas, tampoco las excluye”.

Por otro lado, el art. 4.3º de la L.P.P.D., señala: “Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos una vez extinguido, el patrimonio protegido”. Ante esta situación la autora ESTRENA PALOMERO⁴³³ entiende que: “se integrarán en patrimonio general del beneficiario que recupera su discapacidad” y no son suyos los bienes y derechos, será una “trasmisión intervivos al propio aportante”, y añade, “como el destino que se le da a los bienes” en este caso bienes y derechos.

Por otra parte, nuestra pregunta es, ¿cuando los legitimarios aportan bienes y derechos a la persona con discapacidad debe prestar

⁴³³ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 1017- 1018 -1009.

consentimiento? En este sentido, la persona con discapacidad con “suficiente capacidad de obrar”, sí tendría que prestar consentimiento⁴³⁴.

Por otra parte, está la persona con discapacidad que “no tiene suficiente capacidad de obrar”, como indica el autor CUADRADO IGLESIAS⁴³⁵: “ante el silencio de la Ley, lo más prudente es que tal aportación sea supervisada por el Ministerio Fiscal, dado su gran protagonismo, quien instará del Juez lo que proceda en interés de la persona con discapacidad”. En este caso, entendemos que la norma prescinde de la persona con discapacidad que “no tiene suficiente capacidad de obrar”, como señala el art. 4.2º de la L.P.P.D.: “con el consentimiento, o, de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido”. Por tanto, parece ser que sólo actuará el Notario ante estas aportaciones, creando un cierto riesgo tanto a la figura de la persona discapacitada, como para del Fedatario.

⁴³⁴ Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 97, entiende: “igualmente si es el propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente quien se niega a que se realice esa aportación posterior esta no se podrá realizar”. Por lo que, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1141, aporta: “necesitarán para realizar la aportación el consentimiento del beneficiario, si tiene capacidad de obrar”.

⁴³⁵ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1142. Por lo que, se pronuncia la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 97.: “En tales casos, cuando los padres, tutores o curadores realicen la aportación posterior con sus bienes y derechos y el beneficiario no pueda otorgar su consentimiento por carecer de la necesaria capacidad de obrar, ante el silencio de la norma cabe entender que deberá ser el Ministerio Fiscal quien autorice, instando en todo caso del órgano judicial lo que proceda siempre en interés del discapacitado”. Aunque entendemos que en tales casos tiene una doble función, ante la negativa injustificada de los legitimarios en la aportación como habíamos comentado, o, en la protección del beneficiario sin capacidad suficiente de obrar.

Por lo que, la persona con “interés legítimo”, se debería estudiar la situación que conlleva esta aportación como muy bien aporta el autor SERRANO GARCÍA,⁴³⁶ denominándolo: “la mera liberalidad del bienhechor”, en este punto la Ley al referirse a un concepto jurídico indeterminado requerirá de la ponderación caso por caso, sin que sea posible hacer consideraciones generales sobre legitimidad o no del interés que anima hacer a alguien una aportación, el autor pretende en este caso, ante la negación de las personas legitimarias en la aportación, tendrá que ser la actuación del Juez, el que deba dirimir en beneficio de la persona con discapacidad⁴³⁷.

Por otra parte, nosotros consideramos consecuente pues no se puede englobar a todos los aportantes y sus aportaciones, pero si se debe estudiar cada aportación.

5.2. Las personas jurídicas pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido

Como hemos visto una persona física puede aportar, bienes y derechos al P.P., de la persona con discapacidad. Por lo que, las personas jurídicas también podrán aportar bienes y derechos al P.P. Al respecto, el autor

⁴³⁶ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 412-413.

⁴³⁷ Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 97, entiende: “A tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 41/2003, “las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo para su constitución”. Por tanto, entendemos que se registrarán de la misma forma que en la constitución del P.P.

SERRANO GARCÍA⁴³⁸ entiende que: “también pueden hacer aportaciones las personas jurídicas”.

Por lo que, nos cuestionamos, ¿que tipo de personas jurídicas pueden realizar estas aportaciones al P.P.? En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA⁴³⁹ señala dos principios: “las entidades sin fines lucrativos y de mercenazgo”. Por lo que, deducimos que pueden ser fundaciones dedicadas a las personas con discapacidad, pero que cumplan esos dos principios, aunque también pueden aportar bienes o derechos las personas jurídicas con ánimo de lucro ya sean sociedades civiles o mercantiles, siempre que cumplan las formalidades de la L.P.P.D., y siguiendo adicionalmente se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 29 de noviembre, núm. 1229/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades) RJ 2008\32, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “Ello da sentido a los preceptos como el art 48. 2ª) LSA e impide que se lleve a efecto donaciones con cargo patrimonial social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicios de los derechos individuales del socio salvo que lo verifique mediante acuerdo unánime y con cargos a reservas de libre disposición. Aunque no impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, 25 de noviembre

⁴³⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 415.

⁴³⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 416.

de 1997, etc.)”. Por lo que, el T. S., reconoce la donación por medio de la fundación, siempre que exista un acuerdo unánime con los accionistas, y siguiendo adicionalmente la D.G.R.N. (Mercantil) Resolución 22 de noviembre 1991 RJ 1991\8637, en el Fundamento Tercero, señala: “Ciertamente, en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran (vid. arts. 1665 del Código Civil 116 del Código de Comercio, 48 a) y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, estas notas definidoras no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima- Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica naturaleza (vid. Art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan de aquel sustancial objetivo lucrativo”.

Por otra parte, a efectos de deducción en las aportaciones de las personas jurídicas, el autor SERRANO GARCÍA⁴⁴⁰ entiende que: “se trata de una deducción que puede beneficiar a trabajadores personas con discapacidad”. Por lo que, deducimos que se trataría en este caso en concepto dinerario, aunque la persona jurídica, ya sea civil o mercantil, con fines lucrativos, puede actuar en sus aportaciones “como cualquier persona física”.

⁴⁴⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 415.

5.3. *Los bienes que pueden ser aportados al patrimonio protegido*

Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA⁴⁴¹ entiende: “que puede consistir en cualquier clase de bienes y derechos”, por lo que estos bienes y derechos, serán imprescindibles para la “satisfacción de las necesidades” de la persona discapacitada. Por lo que, el autor SERRANO GARCÍA⁴⁴² entiende: “que en un mismo bien consiste en derechos que estén en distintos caudales: un inmueble puede ser objeto de nuda propiedad y de un usufructo”. Por tanto, el usufructuario aunque no sea nudo propietario la persona discapacitada, puede generar ingresos, es el caso una empresa que produzca unos ingresos económicos para la “satisfacción de las necesidades” de la persona discapacitada.

Por otro lado, si la persona con discapacidad recibe una herencia, que no le produce rendimiento económico, sí éste tiene “suficiente capacidad de obrar”, lo podrá enajenar y recibir, o en su caso los legitimarios, en concepto de venta del bien o bienes, un ingreso económico para la satisfacción de sus necesidades vitales⁴⁴³.

⁴⁴¹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 416.

⁴⁴² SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 416- 417.

⁴⁴³ Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 145, manifiesta: “En virtud del principio de subrogación real aquellos bienes que sustituyan a bienes integrados en el patrimonio protegido del discapacitado – por eje., el precio del bien vendido- formarán parte igualmente del patrimonio protegido”.

Al respecto, debemos de tener en cuenta que la L.P.P.D, no ofrece ningún límite económico mínimo, sobre los bienes y derechos para la constitución del P.P., ni respecto a las aportaciones posteriores.

Por otra parte, la autora PEREÑA VICENTE⁴⁴⁴ entiende: “cuando la aportación la realiza un tercero será necesario además, que no se trate de derechos personalísimos o intransmisibles”. Por lo que, sólo se podrán aportar bienes de carácter patrimonial o económico⁴⁴⁵.

Por otro lado, la autora PEREÑA VICENTE⁴⁴⁶ se pregunta: “cuando el propio discapacitado aporte, ¿podrá éste aportar derechos personales? Por lo que, esta pregunta conlleva al derecho de uso y habitación, contemplado en el art. 525 C.c., son derechos intrasmisibles y por tanto personales. Contestando a esta pregunta la autora manifiesta: “Sin embargo entendemos que esa imposibilidad de transmisión no tiene su razón de ser en la no desnaturalización de tales derechos, y, en el supuesto de que se aporten a un P.P., esto no ocurre, porque quien va a seguir disfrutando es el propio discapacitado, tales derechos no se pueden “traspasar a otro”.

⁴⁴⁴ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 74.

⁴⁴⁵En este sentido, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 145, manifiesta: “Cabe aportar bienes y derechos de cualquier clase y especie con tal que tenga un contenido patrimonial: aportaciones dinerarias y no dinerarias, bienes muebles o inmuebles en propiedad, derechos reales de goce y disfrute sobre bienes”.

⁴⁴⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 74. Por lo que, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 145, entiende: “si el patrimonio ha sido creado o incrementado por el propio discapacitado, podrán formar parte del mismo bienes y derechos personalísimos e intransmisibles del beneficiario- derechos de usos y habitación (art. 525 C.c.)”.

Por tanto, entendemos como se pronuncia en su art. 1.1º de la L.P.P.D., en el objeto de la Ley es: “establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares (refiriéndose a los discapacitados-beneficiarios)”.

Por lo que, no cabría ni en la constitución, ni en la aportación bienes gravados, primero porque afectaría al beneficiario-discapacitado, mermando el P.P., y segundo sería inadmisibile, pues afectaría al espíritu de la Ley.

6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Como anteriormente hemos visto, se pueden realizar aportaciones “mortis causa” mediante testamento, y por último mediante actos “inter vivos”, mediante donación, como se constata implícitamente en la (E. M. III) de la L.P.P.D., al señalar: “Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación”.

Al respecto, cabe señalar que las aportaciones no pueden vulnerar las reglas generales del C.c., o como se indica los Derechos civiles autonómicos, por lo que pueden impugnarse⁴⁴⁷.

7. EL ELEMENTO DE “GRATUIDAD” EN LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Como señala el art. 4. 2º de la L.P.P.D.: “Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito”. Por lo que, entendemos que estamos ante el concepto de donación.

Una vez vista que es una donación, las aportaciones a título gratuito, debemos mencionar lo que nos señala la (E.M.III) de la L.P.P.D.: “lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de los hijos del donante o podrá rescindirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ellos exige la legislación vigente”.

Lo que si prevé, la L.P.P.D., como hemos visto es la revocación por superveniencia o supervivencia como indica el art. 644 C.c.,⁴⁴⁸ en este

⁴⁴⁷ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1142, entiende: “Al realizar las aportaciones, no pueden vulnerarse las reglas generales del Código civil o, en su caso, de los Derechos forales. Por lo tanto a nuestro juicio, podrán impugnarse las aportaciones en todo o en parte, si con ellas se perjudican los derechos de los acreedores del aportante (cfr. 1111 y 1290 y ss. C.c.), sin necesidad de probar el *consilium fraudis*”.

sentido le causaría al beneficiario-discapacitado, un perjuicio para la satisfacción de sus necesidades vitales, aunque debemos entender que la donación la puede realizar “Cualquier persona con interés legítimo” como señala el art. 4.2º de la L.P.P.D., y el art. 644 C.c., señala que el donante tenga hijos después de la donación o que resulte vivo el donante que se reputaba muerto, en este caso podía ser un hermano, que después de la donación concurrieran estas causas, para su revocación, pues no puede dejarse al hijo o hijos con empobrecimiento de la herencia, lo que llevaría a la reversión de los bienes. Por otro lado, tampoco puede mermar el P.P., de la persona discapacitada, lo que nos conduce a pensar que el legislador no pensó en su momento en las consecuencias que esto conllevaría, por lo que habría que modificarse esta puntualización en la L.P.P.D., y el otro supuesto aplicable viene regulado por el art. 648 C.c., sobre la ingratitud del donatario en el discapacitado⁴⁴⁹.

Por otra parte, entendemos que se puede revocar la donación como específica del art. 647 C.c., en este sentido el autor CUADRADO IGLESIAS⁴⁵⁰ entiende: “si se atiende a la capacidad de obrar de la persona

⁴⁴⁸ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1142, aporta: “Asimismo, entendemos que al ser las aportaciones a título gratuito, le serán aplicables, en todos los supuestos, así como el caso de revocación, prevista en los casos de superviniencia o supervivencia de los hijos del aportante con posterioridad a la aportación (cfr. 644 C.c.)”.

⁴⁴⁹ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1142, manifiesta en este caso sobre la capacidad de obrar de la persona discapacitada: “El mismo criterio debe aplicarse tratándose de ingratitud hacia el aportante por el beneficiario: si éste carece de capacidad de obrar, tal ingratitud no se podrá alegar para su revocación la aportación, pero si la persona con discapacidad posee capacidad suficiente, tendrá lugar la revocación siempre que pueda imputársele aquella de acuerdo con su capacidad de obrar (cfr. principalmente arts. 647 y 648 C.c.)”.

⁴⁵⁰ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1142.

que no tenga “suficiente capacidad de obrar”, pero no sólo aquí si no en todas las donaciones que se contemplan, además el autor señala: “estas circunstancias, lógicamente, serán de aplicación judicial aunque no se declare judicialmente la incapacidad del beneficiario”.

Por otra parte, el autor SEDA HERMOSÍN⁴⁵¹ sostiene: “que no pueden realizarse aportaciones a título gratuito que no sea puro y simple, por que quedarían excluidas las donaciones con reversión (salvo la reversión prevista para el caso de extinción de patrimonio, ex artículo 5.3, en relación con el 4.3 de la misma ley), y las donaciones con reserva de disponer (art. 639 C. c.). En cambio estima que pueden admitirse las donaciones con reserva de usufructo, porque los bienes pueden producir rentas de inmediato o ser susceptibles de producirlas en el futuro y tienen un evidente contenido patrimonial”.

Por otro lado, si nos remitimos al art. 4.2º de la L.P.P.D., si los bienes los aporta: “Cualquier persona con interés legítimo”, en este sentido nos tenemos que remitir a la (E. M. III) de la L.P.P.D., que señala: “Asimismo, cuando la aportación es realizada por un tercero, y por tercero se entiende cualquier persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores, constituyentes del mismo, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime oportuno. Sin embargo, esta facultad del aportante tiene un límite, ya sea del bien o derecho aportado del patrimonio protegido tan sólo podrá producirse por extinción de éste, lo que elimina la

⁴⁵¹SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 19.

posibilidad de afecciones de bienes y derechos a término”. Lo que nos indica que admite la reversión de los bienes con la condición “una vez extinguido el P.P.”.

Y finalmente las donaciones pueden rescindirse por inoficiosas como admite (E.M.III) de la L.P.P.D.⁴⁵², y siguiendo adicionalmente el autor CUADRADO IGLESIAS⁴⁵³ aporta: “asimismo, entendemos las aportaciones a título gratuito, le será aplicable, el límite de su cuantía en los términos señalados para las donaciones en el artículo 636 C.c.”. Por lo que, a nuestro entender opinamos que es positivo que se limite en la L.P.P.D., su cuantía en las aportaciones, a tal efecto nos tenemos que remitir al art. 634 C.c., en beneficio del donante, pues sí da todos sus bienes esta persona no tendrá lo necesario para vivir.

8. LAS APORTACIONES REALIZADAS A TÉRMINO SU PROHIBICIÓN EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

Como señala el art. 6.1º de la L.P.P.D.: “El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley”. Por lo que, existen unas condiciones para que exista el P.P., con la implicación que deben existir las aportaciones hasta que se extinga el P.P., con remisión al art. 4.2º

⁴⁵² La (E.M.III.) de la L.P.P.D., señala: “dicha donación podrá rescindirse”.

⁴⁵³ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1142.

L.P.P.D., que señala: “Estas aportaciones, no podrán someterse a término”⁴⁵⁴.

Por otra parte, podemos preguntarnos, ¿en qué momento surgen los efectos en las aportaciones? Por lo que, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁵⁵ entiende que: “las aportaciones “no podrán someterse a término”, en cuanto que no distingue la Ley, no cabe sometimiento a término inicial ni final, y añade, realmente sí hay un término final admisible la muerte del sujeto (término certus an et incertus), pues la Ley atiende al destino de los bienes y derechos aportados a la muerte del beneficiario, con limitación en el tiempo”. Al respecto, a nuestro entender opinamos que el autor se olvida sobre la pérdida de la discapacidad de la persona en la que se extinguirá el P.P.

Por lo que, en sentido opuesto otros autores entre ellos la autora PEREÑA VICENTE⁴⁵⁶ entienden que: “la aportación de un tercero sometida a término: si es final no lo permite la ley. Sin embargo, si es

⁴⁵⁴ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 19, entiende que: “dice la ley que la aportación realizada por un tercero no puede sujetarse a término (art. 4. 2º de L.P.P.D.) a nuestro juicio, que la aportación realizada por el propio beneficiario discapacitado si puede sujetarse a término, pues la finalidad perseguida por la ley no la permite. El P.P., no se extingue por la voluntad de éste, sino por la muerte, declaración de fallecimiento, o por haber cesado la situación de discapacidad (artículo 6.1º de la L.P.P.D.). Y permitir la sujeción a término de las aportaciones hechas por el propio beneficiario equivalente a permitir una suerte de extinción parcial del P.P., por la sola voluntad del beneficiario”.

⁴⁵⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 141.

⁴⁵⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p.81. SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “la administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 195, manifiesta: “La prohibición del término inicial aún menos sentido, pues parece totalmente comprensible que se aporten unos bienes a partir de cierto día, sobre todo teniendo en cuenta que lo dispuesto en la Ley tiene bastante de previsión de futuro”.

inicial, entendemos que no hay obstáculo para admitirla, porque aunque se podría argumentar en contra que donde la Ley no distingue no se puede distinguir, entendemos que con ello no se vulnera la prohibición de que los bienes salgan del patrimonio antes de su extinción”. Primeramente entendemos que la autora, admite la aportación a término inicial, como cuando el aportante ofrece un bien inmueble, y le falta del último pago de la hipoteca, cuando la pague el día siguiente formará parte de la aportación, recordemos que los bienes y derechos aportados con gravamen atentan contra “la satisfacción de las necesidades vitales” de la persona discapacitada. Por otra parte, la autora manifiesta: “entendemos que con ello no se vulnera la prohibición de que los bienes salgan antes de su extinción”. Por lo que, se refiere al estudio anterior realizado en caso de reversión, en este caso discrepamos por la sencilla razón que si afecta a la persona con discapacidad, mermaría su P.P.

Y por último tenemos que señalar que el concepto “término” en las aportaciones, estamos de acuerdo en la prohibición de la L.P.P.D., pues si una persona está dispuesta en hacer una aportación por un período determinado de tiempo y no lo realiza, porque es de carácter definitivo, estaría en contra del espíritu de la Ley que es el “interés de la persona con discapacidad”.

Como hemos visto la L.P.P.D., en su art. 4. 2º, no admite el término, pero nada dice la Ley acerca de la condición. Por lo que, podemos estimar que es positivo el sujetarse a una condición, siempre que sea útil para la persona con discapacidad, y al mismo tiempo no perjudique al P.P., con gravámenes que atentan contra el espíritu de la Ley⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., p. 19, aporta: “Pero rechazamos toda condición que implique

Por otro lado, la autora PEREÑA VICENTE⁴⁵⁸ sostiene: “y en cuanto a la condición, la Ley tampoco distingue, por lo que se entiende que será admisible la condición suspensiva, pero no la resolutoria porque supondría una alteración de la misma”, al respecto, como argumenta la autora en la (E.M.III) de la L.P.P.D., está implícito al señalar: “Sin embargo, esta facultad del aportante tiene un límite, ya sea de salida del bien o derecho aportado protegido tan sólo podrá producirse por extinción de éste, lo que elimina la posibilidad de afecciones de bienes y derechos a término”. Por lo que, a nuestro entender implica la extinción del P.P., y sus condiciones para ser beneficiario esta condición sería resolutoria. Por otra parte, la condición suspensiva si es beneficiosa sería admisible para el beneficiario, como la espera de recibir un bien producto de una herencia por la parte de la persona aportante e incluirla en la aportación.

Por otra parte, las aportaciones sometidas a condición o modales, no existe impedimento, acerca de la aportación de bienes muebles o inmuebles sobre que recaiga alguna garantía, o sobre cualquier género de aportación sobre cosa gravada o capaz de suscitar gastos. Por lo que, se reclama el título de la aportación, no que la aportación esté libre de cargas. Por lo que, en su caso habrá que recurrir al sistema previsto en el C.c., para las donaciones modales, aplicando el art. 647. 2º C.c., a esta cuestión nos parece que tiene un cierto riesgo y que en cierto modo puede actuar contra “las necesidades vitales de la persona con discapacidad”.

o represente de alguna forma para el discapacitado, la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, o la de asumir carga o gravamen de tipo alguno, por estar en contra de la finalidad de la Ley”.

⁴⁵⁸ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 81.

Por otro lado, las aportaciones pueden realizarse en actos “inter vivos” o “mortis causa”, las reglas que se someten son las mismas como señala el art. 4.1º de la L.P.P.D.: “Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior”. Por lo que, las disposiciones “mortis causa” o testamentarias, se regirán sí el beneficiario acepta o no la herencia, si las acepta pasarán sus bienes y derechos al P.P. Por otra parte, si la persona tiene “suficiente capacidad de obrar”, tendrá facultad de decisión. Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS⁴⁵⁹ aporta: “Para que el P.P., surja a través de una disposición testamentaria, es necesario que alguien acepte tal disposición. Si la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente, será ella quien ostente la facultad de aceptar o repudiar la constitución del patrimonio (art. 992, párr.1º C.c.). Más si carece de tal capacidad, serán sus los padres, tutores o curadores si bien, tal y como señala el artículo 271.4º C.c., necesitarán autorización judicial si aceptan sin beneficio de inventario. Esto podría evitarse si se hubiese configurado el P.P., como patrimonio especial en cuanto al régimen de su responsabilidad, y se hubiese tratado directamente como patrimonio separado normal, de tal manera que con él no se respondiese de cualquier deuda y, consecuentemente, no sería necesario el beneficio de inventario”.

⁴⁵⁹CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1143.

9. LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Es necesaria la publicidad del P.P., en el Registro, por tanto se necesitará su constancia, no solamente en el documento público, sino además la necesidad de la existencia y sus elementos que están relacionados con el P.P. Por lo que, serán necesarios los Registros y su accesibilidad al público, de manera que la situación del P.P., sea indiscutible oponible frente a terceros. Por lo tanto, será necesaria la constatación en el R.C., del P.P., una vez constituido éste para que produzca publicidad frente a terceros.

Por otra parte, el autor CUADRADO IGLESIAS⁴⁶⁰ aporta: “en un principio, se propuso la creación de un Registro de P.P.S., de las Personas con discapacidad, dependiente de la Comisión antes indicada, si bien los efectos eran meramente informativos. Tan menguados efectos tal vez justificaron la omisión del referido Registro en el texto final de la Ley”, por lo que para ver con más amplitud debemos recurrir a la Ley 1/2009, de 25 de marzo, Discapacidad- Tutela, en su artículo 2- Cuatro se da una nueva redacción al artículo 8. Constancia Registral.

“1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7º de esta Ley se hará constar en el Registro Civil, en la forma determinada por su Ley reguladora.

⁴⁶⁰CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1148.

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique, a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por le medio de nota marginal.

La misma constancia registral se practicará en los respectivos Registros respecto a los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en los fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones o notas marginales a que se refiere el apartado anterior.

4. La publicidad registral de los asientos a que se refiere este precepto se deberá realizar, en los términos que reglamentariamente se determinen, con pleno respeto a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la normativa sobre protección de datos de carácter personal.”

9.1. La necesidad de la constancia registral del patrimonio protegido

Como había mencionado el autor CUADRADO IGLESIAS⁴⁶¹ : “fueron tan menguados efectos tal vez justificaron la omisión del referido Registro en el texto final de la Ley”. Por lo que, nos hemos remitido al artículo 2- Cuatro se da una nueva redacción al artículo 8 de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, Discapacidad- Tutela, en cual se regulan mediante el R.P., (Registro de la Propiedad) y R.C., los bienes que afecten al P.P.

Por tanto, como habíamos mencionado anteriormente, es necesaria la publicidad registral⁴⁶², por la necesidad que concurren dos elementos: primero la publicidad pública registral, que actúa como elemento protector del P.P., y segundo la necesidad de seguridad jurídica frente a terceras personas que actúan con buena fe.

⁴⁶¹CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1148.

⁴⁶² Como señala el art. 8.4º de la L.P.P.D.: “La publicidad registral de los asientos a que se refiere este precepto se deberá realizar, en los términos que reglamentariamente se determinen, con pleno respecto a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la normativa sobre protección de datos”, por lo que es extensible, tanto al R.C., como el R.P., y otros Registros, y siguiendo adicionalmente cabe citar al autor LÓPEZ-BERMEJO, J., (Dir. Bento Company, J. M.,) (2007). “La revisión de los supuestos de publicidad restringida al amparo de la nueva legislación sobre el derecho de familia”, en AA.VV., *Problemas actuales del Registro Civil*. Centro de Documentación Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pps. 395- 396, que manifiesta: “en un tiempo de intolerancia y perjuicios sociales y legales pudieron provocar en las personas un sentimiento de rechazo “estigmatizadas”, sería protegido mediante una publicidad restringida, se pregunta el autor si en la actualidad acontece lo mismo, debería aplicarse la publicidad restringida”. Por lo que, tendríamos que recurrir a la Ley de Protección de Datos 1999. Ley Orgánica 15\1999 13 diciembre- RCL\1999\3033. B.O.E. 14 diciembre 1999, núm.298, pág. 43088, en sus arts. 7.3º y 8.

Por otra parte, debemos distinguir entre el R.P., y el R.C., puesto que cada registro actúa de forma diferente.

En referencia, al R. P., y sus efectos que produce los autores GÁLLIGO y DEL POZO⁴⁶³ aportan: “La publicidad registral puede definirse como la exteriorización continuada de situaciones jurídicas de trascendencia real referidas a los bienes inmuebles, en un Registro público, y, con determinados efectos jurídicos substantivos sobre la situación pública”, manifestando los autores los siguientes tres elementos: el primero “la exteriorización se opone a clandestinidad. La publicación registral impide que existan cargas ocultas sobre un inmueble, y estas cargas puedan afectar a terceros”, lo que implicará la situación de un bien inmueble, si tiene algún gravamen o no frente a terceros, por ejemplo la existencia de una hipoteca en una casa, el segundo elemento es “la exteriorización en que la publicidad registral es continuada: ello significa que la publicidad no es puntual o intermitente, sino que se trata de un fenómeno continuo”, implicando que las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del P.P., por “cualquier persona con interés legítimo”, podrán tener constancia en el R.P., y el tercer elemento es “la publicidad es además, una exteriorización organizada, que se lleva a cabo a través de un Reglamento público, minuciosamente reglamentado en la Ley”. Al respecto, el autor COSSÍO⁴⁶⁴ define la función del R. P.: “hace constar el estado jurídico de los bienes inmuebles, o sea, los derechos sobre los mismos, con todos sus elementos, extensión y condiciones”, concretamente se atiende a los bienes inmuebles.

⁴⁶³ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de derecho hipotecario*. Op. Cit., p. 17.

⁴⁶⁴ DE COSSIO y CORRAL, A., (1988). *Instituciones de Derecho Civil*. (2 tomos) (1ª Ed.). Madrid: Civitas, p. 135.

Por otra parte, los autores DIEZ- PICAZO y GULLON⁴⁶⁵ definen su función del R.C., atendiendo al art. 325 C.c., aportando: “De esta forma se da seguridad y certidumbre al tráfico jurídico, en el que la eficacia de los actos y negocios jurídicos dependen fundamentalmente de la capacidad de obrar de las personas, determinadas por su estado civil”.

Por tanto, las funciones que ejerce el R.C., la autora SALVADOR GUTIÉRREZ⁴⁶⁶ entiende que: “la principal razón de ser el R.C., su finalidad básica y a la que debe proveer el Estado, es la de constituir una institución de publicidad de los hechos relativos al estado civil, en base a principios jurídicos-técnicos, mediante la cual los particulares o ante la propia administración, a través de los documentos públicos registrales que son las certificaciones, y añade, la autora los elementos del R.C., son: “el primero la actividad registral, consiste en la recogida e inscripción obligatoria y continua y permanente de datos referente al estado civil para su archivo, que hayan de probarse, de manera autentica y con las debidas garantías de veracidad y legalidad”, como muy bien señala el artículo 1 de la Ley del Registro Civil (L.R.C.) de 8 de junio de 1957⁴⁶⁷. Por lo que, es muy importante, la publicidad registral que se realiza como elemento de seguridad jurídica en el P.P. Para eso tenemos que ver el funcionamiento del R C., remitiéndonos al Preámbulo de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, Discapacidad- Tutela en la que señala: “Hasta el momento las sentencias de modificación de la capacidad de obrar y la constitución de organismos

⁴⁶⁵ DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (1978). *Sistema de derecho civil I*. Op. Cit., p. 359.

⁴⁶⁶ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., (Dir. Bento Company, J. M.,) (2004). “Sistema registral español. Registro civil y derechos fundamentales”, en AA.VV., *El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI- 2003. Centro de documentación judicial. Madrid: Consejo general del poder judicial, pps. 35- 36.

⁴⁶⁷ RCL 1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. pág. 372.

tutelares y de representación son hechos que han de ser inscritos en el Registro Civil. El Registro Civil es un Registro de carácter jurídico cuyo fin es la constatación y publicidad de los hechos y actos jurídicos referidos al estado civil de las personas, Aunque la inscripción en el Registro Civil tiene carácter declarativo y no constitutivo, su utilidad es evidente ya que despliega importantes efectos, que consisten en la articulación de un medio de prueba del estado civil rápido y simple y constituye título de legitimación del ejercicio de los derechos que resulta de cada condición o estado concreto de la persona en la forma que reflejan los propios asientos del Registro”.

Por otra parte, la autora PEREÑA VICENTE⁴⁶⁸ sostiene: “La ley no precisa nada sobre el modo en el que ha de llevarse a cabo esta constancia en el Registro, y añade, se practicará en la sección de tutelas y representaciones legales⁴⁶⁹”. Al respecto, opinamos que se hubiera podido

⁴⁶⁸ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 100.

⁴⁶⁹ Por lo que, nos tenemos que remitir al art. 18 párr., último de la L. R. C., de 8 de junio de 1957 RCL 1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. pág. 372, en la que señala: “Asimismo se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales, bajo denominación de “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos”. Lo que manifiesta en la inscripción del “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos”, son las modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, modificaciones de cargos tutelares y constitución y administración del P.P.

Por otra parte, cabe mencionar la Ley 1/2009, de 25 de marzo, Discapacidad- Tutela. RCL 2009\ 640. B.O.E. 26 marzo 2009, núm. 73, pág. 29137, en su Disposición Final quinta sobre “Coordinación de información sobre incapacitaciones y patrimonios protegidos” señala: “El ministerio de Justicia determinará en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley el procedimiento y

crear un Registro único en el P.P., tanto para los bienes y derechos del P.P., por lo que quedarían unificados el R.P., como el R.C., y otros Registros, lo que representa que el legislador en su momento no pensó en la unificación de los distintos registros.

10. LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL REGISTRO CIVIL

Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁴⁷⁰ entiende que: “en todos los supuestos en los que la administración del P.P., no sea ejercida por el propio beneficiario (cfr. 5.7 de la Ley 41/2003, al que se remite el art. 8.1 de la L.P.P.D., ahora considerado) la representación legal que ostenta, sobre dicho patrimonio deberá hacerse constar en el R.C.”. Por tanto, implica que la persona con discapacidad y con “suficiente capacidad de obrar” a estos efectos no tendrá necesidad de ser inscrito, y en sentido contrario la persona discapacitada que no tenga “suficiente capacidad de obrar”, sí tendrá que inscribirse obligatoriamente en el R.C., su representación legal.

fases en que se deberá llevar a cabo el intercambio y coordinación de la información relativa a resoluciones judiciales de modificación de la capacidad y constitución de patrimonios protegidos y designación de sus representantes legales entre el Registro Civil Central y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, así como la forma y plazos en que se procederá a intercambiar la información citada entre los citados organismos y el Colegio General del Notariado”, a la vista de la norma si que existe una información entre ambos organismos sobre las modificaciones de capacidad de obrar, la designación de los representantes legales , y la constitución del P.P.

⁴⁷⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 104.

Por otra parte, el administrador está contemplado en el art. 5.7º de la L.P.P.D., que señala: “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”. Por lo que, entendemos que es criticable que en la L.P.P.D., no dice nada sobre la aceptación del administrador, por que debe hacerse constar en el R.C., de todas formas aparece la inscripción del administrador en el R.C. Al respecto, el art. 18 párr., último de la L. R. C., de 8 de junio de 1957, señala: “las inscripciones sobre constitución de patrimonio protegido y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos”, por tanto el art. 8.1 de la L.P.P.D., no expresa nada sobre las modificaciones que se realizan en el P.P., de esta forma el art. 5.7º de la L.P.P.D., señala: “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal”, mientras que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, Discapacidad- Tutela, señala como elemento primordial en su Preámbulo: “Entre ellas, destaca la mejora de la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal”, además de las modificaciones realizadas en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, por lo que el legislador tenía que haber unificado todos los elementos en la L.P.P.D. Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN⁴⁷¹ entiende: “pues la representación que es lo fundamental, para las relaciones con los terceros, recae siempre en el administrador”.

⁴⁷¹SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”.Op. Cit., p. 23.

Por otra parte, nos preguntamos, ¿qué R.C., será el competente de la persona con discapacidad? El art. 46 bis párr., 2º de la L. R. C., de 8 de junio de 1957, señala: “Las inscripciones a que se refiere el párrafo precedente se practicarán en virtud de comunicación de oficio, deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado de Registro Civil competente, que lo será, respecto de las inscripciones que se hayan de practicar en la Sección IV, el del domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio⁴⁷²”.

En otro orden de cosas, debemos de tener presente a los guardadores de hecho, en este sentido la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁴⁷³ aporta: “En todos los supuestos en los que la administración del P.P., no sea ejercida por el propio beneficiario”, y siguiendo adicionalmente la (E.M.V) de la L.P.P.D., menciona indirectamente, a los guardadores de hecho, que como se mencionó podrían ser los padres de la persona discapacitada pero no incapacitada judicial, al señalar: “De un lado, cuando la administración de patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio protegido para todos los actos relativos a éste debe hacerse constar en el Registro Civil”, por lo que cabe

⁴⁷²Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., (2004/05). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”, en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05*. (tomo XVI) (Vol. 2). Albolote (Granada): Comares, p. 53, entiende: “Ha de inscribirse en el R. C., donde conste el nacimiento del discapacitado puesto que esta inscripción de una especial representación legal del mismo para la administración de aquellos de sus bienes que estuvieran integrados en el patrimonio especial, implica la publicidad de una circunstancia que afecta, de algún modo, a su capacidad de obrar, y, tal como ocurre con la resoluciones de incapacitación, declaración de prodigalidad, ausencia y fallecimiento, ha de inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento”.

⁴⁷³CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 104.

señalar la Ley 1/2009, de 25 de marzo, Discapacidad- Tutela en su art.1 Uno 18: “Asimismo se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales, constitución y modificaciones cargos tutelares”, en la que opinamos se comprende la inclusión indirecta de los guardadores de hecho.

Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE⁴⁷⁴ aporta: “en cualquier caso, la inscripción en el R.C., no tiene carácter constitutivo, lo que se deduce de los términos empleados por el propio artículo 8 que simplemente establece que “se hará constar”, por lo que su inscripción únicamente acarrea como consecuencia su inoponibilidad frente a terceros⁴⁷⁵”. Por lo que, se demuestra la importancia de la inscripción aun siendo guardadores de hecho.

⁴⁷⁴PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 101.

⁴⁷⁵ Debemos de tener en cuenta, que la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 RCL 1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. pág. 372, en su art. 1 aclara los hechos que se inscribirán en el Registro Civil, no mencionando a las personas jurídicas, y siguiendo adicionalmente cabe citar al autor que aporta LUCES GIL, F., (1986). *Derecho Registral Civil*. (3ª Ed.). Barcelona: Bosch, p 7.: “los hechos relativos a la tutela y demás representaciones legales. En el R.C., español se da también publicidad a los organismos de representación legal de las personas, que realmente están al margen del estado civil, aunque se relacionan con él. Efectivamente, las situaciones de menor de edad, ausencia o incapacidad afectan directamente al estado civil de las personas, son situaciones que influyen en su capacidad. Pero la tutela, la curatela y las demás representaciones legales, no son propiamente hechos de estado civil, si bien son instituciones relacionadas con dicho estado. Con la inscripción de estos órganos de representación y asistencia se da constancia y publicidad a datos de indudable interés y trascendencia, lo que justifica su inclusión en el catálogo de hechos inscribibles en el Registro”.

10.1. Las personas que están legitimadas para proceder a la inscripción

Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS⁴⁷⁶ entiende: “que esta representación legal está limitada, únicamente, a los actos de administración de los bienes o derechos integrantes de la masa patrimonial protegida”. Por lo que, se demuestra que primeramente tiene que solicitarla el administrador, para el ejercicio de sus funciones en el P.P.

Por otra parte, existen otras personas legitimadas en la inscripción del P.P, en el R.C., como aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁴⁷⁷: “pues entiende que están facultados para solicitar la inscripción, el constituyente, igualmente, sus padres, tutores y curadores si a ellos correspondiese la administración legal del patrimonio (por haber sido incapacitado). Y creo que también estará facultado para pedir la inscripción el que hubiese hecho una aportación a ese P.P., en concreto”, el autor menciona la expresión “el constituyente”, remitiéndonos al art 3.1º c) de la L.P.P.D.,⁴⁷⁸ por lo que es el guardador de hecho de la persona discapacitada incapacitada judicial, pero no la persona incapacitada judicial, y la otra expresión que utiliza el autor es: “el que hubiese hecho una aportación al P.P.”. Por lo que, nos tenemos que remitir al art 3.2º de la L.P.P.D., que señala: “Cualquier persona con interés legítimo”.

⁴⁷⁶CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1148.

⁴⁷⁷LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 47.

⁴⁷⁸ Art. 3.1º c) de la L.P.P.D., señala: “El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido”.

En otro orden de cosas, el art. 24 de la L. R. C., de 8 de junio de 1957 señala, que personas están obligadas a la realización de la inscripción, de la misma forma el Reglamento del Registro Civil (R.R.C.). Decreto de 14 de noviembre 1958⁴⁷⁹ en su art. 95 expresa quienes deberán prestar auxilio en el R. C. Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE⁴⁸⁰ entiende que: “tratándose del Juez, puede aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 270 C.c., pues obliga indirectamente a remitir sin dilación al Encargado del R. C., las resoluciones sobre cargos tutelares y curatela”, y siguiendo a la autora, podemos decir, que es una figura más, quien puede actuar en el P.P., por su mala gestión y puede ejercer sobre el P.P., la sustitución sobre los cargos tutelares y de curatela. Por otra parte, la autora manifiesta sobre la figura del Notario será la de dar fe: “la obligación que sí le impone al Notario el reformado artículo 223 C.c., con relación a los actos que en el mismo se enumeran”.

10.2. El procedimiento para la inscripción del patrimonio protegido

Como se cita en el art. 8.1º de la L.P.P.D.: “La representación legal”, nos debemos remitir al art. 5.7º de la L.P.P.D., que señala: “El administrador del patrimonio protegido, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los

⁴⁷⁹ B.O.E. 11 diciembre 1958, núm. 295 pág. 10977; rect. B.O.E. 31 de diciembre 1958, núm. 313. B.O.E. 21 enero 1959, núm. 18 pág. 1182.

⁴⁸⁰ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 101.

bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido⁴⁸¹”. Por tanto, se constatarán las personas que pueden realizar esta función, en este sentido lo encontramos en el art. 283 del R.R.C. Decreto de 14 de noviembre 1958⁴⁸².

Por otra parte, nuestra pregunta es, ¿que asientos se pueden aplicar en el R.C., y cuáles son sus efectos aplicativos? Al respecto, el art. 1 de la L.R. C., de 8 de junio de 1957, comienza diciendo: “En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley”. A la vista de lo anteriormente expuesto en el R.C., expresa sus efectos aplicativos sobre las personas que están incapacitadas judicialmente. Por otro lado, no especifica un asiento en concreto, es sólo la constancia registral⁴⁸³.

⁴⁸¹ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 48, entiende que: “el art. 8-1 declara que lo que se inscribe (aquello que “se hará constar en el R. C.”) es la representación legal. Entiendo que la inscripción de esa representación legal contendrá la existencia de un administrador de patrimonio protegido, la identificación de este administrador y el dato del documento en el que se haya formalizado la constitución de patrimonio que es donde especificarán las reglas de administración”.

⁴⁸² RCL 1958\1957. B.O.E. 11 diciembre 1958, núm. 295 pág. 10977; rect. B.O.E. 31 de diciembre 1958, núm. 313. B.O.E. 21 enero 1959, núm. 18 pág. 1182.

⁴⁸³ En este sentido, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 51, denomina: “inscripciones propiamente dichas”. El mismo autor especifica que en ninguno de esos diez hechos y circunstancias previstas que pueden tener acceso al registro civil es encuadrable la representación legal configurada en la Ley que nos ocupa, al mismo tiempo, menciona hace posible que ingresen en el R. C., situaciones y circunstancias que no están expresamente comprendidas y reguladas en la Ley específica, aunque estimo que, técnicamente, hubiese sido deseable que la Ley de que nos ocupamos hubiera sido reformada para incluirla, algún artículo de la L.R.C., como ha hecho con el C.c. ”.

Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁴⁸⁴ enumera los tipos de asientos en el R.C.: “son inscripciones propiamente dichas, anotaciones, indicaciones, diligencias, notas marginales y asientos de cancelación”.

En otro orden de cosas, el autor LUCES GIL⁴⁸⁵ conceptúa las inscripciones en particular: “como asientos sustantivos y de carácter permanente, por lo que se da publicidad con fuerza probatoria privilegiada a determinados hechos de estado civil o las modificación o rectificación precedente”. Por lo tanto, como habíamos mencionado anteriormente son los efectos de publicidad registral, aplicado a los estados civiles de las personas.

Al respecto, especifica los tipos de inscripciones en el R.C., el autor LUCES GIL⁴⁸⁶: “por su carácter autónomo o subordinado, las inscripciones pueden ser principales⁴⁸⁷ y marginales⁴⁸⁸”.

Por otra parte, el autor LUCES GIL⁴⁸⁹ nos aclara las funciones que ejercen de las anotaciones: “cumplen principalmente una función informativa, respecto a los hechos”

⁴⁸⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 51.

⁴⁸⁵ LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*. Op. Cit., p. 72.

⁴⁸⁶ LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*. Op. Cit., p. 73.

⁴⁸⁷ El art. 130 del R. R. C. Decreto de 14 de noviembre 1958 RCL 1958\1957. B.O.E. 11 diciembre 1958, núm. 295 pág. 10977; rect. B.O.E. 31 de diciembre 1958, núm. 313. B.O.E. 21 enero 1959, núm. 18 pág. 1182, señala: “las inscripciones , y la primera de cada tutela o representación legal, son principales; las demás notas marginales”

⁴⁸⁸ Al respecto, el autor LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*. Op. Cit., p. 73, entiende que: “las marginales, son la que se practican al margen de una inscripción principal, y todas las rectificaciones de una inscripción anterior”

⁴⁸⁹ LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*. Op. Cit., p. 75, enumera los hechos: “ a)Hechos de estado civil cuya legalidad o realidad no está debidamente acreditada; b) Hechos que sólo afectan al estado civil

De la misma forma, en las notas marginales el autor LUCES GIL⁴⁹⁰ aporta: “también presenta dificultades el dar una definición unitaria y sintética, de la variedad de tipos de asientos que reciben esta denominación”.

Por otra parte, como hemos visto, la persona con discapacidad ya sea incapacitada judicial o no (en este caso último que sea incapacitable la persona con discapacidad), cuando existan guardadores de hecho, su administración del P.P., siempre deberá constituirse en escritura pública o resolución judicial, con la presentación ante el R.C., para inscribirlo. En la misma línea el art. 8. 1º de la L.P.P.D. señala: “La representación legal a la que se refiere al artículo 5.7º de esta Ley se hará constar en el Registro Civil”, por lo que nos tenemos que remitir al art. 5.7 de la misma norma que señala: “El administrador del patrimonio protegido, tendrá la condición de representante legal”. Por lo cual, se sustenta que el administrador puede ser el representante legal, de la persona con discapacidad.

Por otra parte, una vez nombrado el administrador, se deberá presentar el nombramiento en el R.C.⁴⁹¹. Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁴⁹² entiende que: “este podrá constar, si la constitución se hizo por escritura, bien en el mismo título constitutivo por diligencia posterior, bien por acta notarial aparte y, si el título fue resolución judicial,

con arreglo a la legislación extranjera; c) Ciertos hechos que no afectan propiamente al estado civil, si bien están relacionados con el mismo, y d) Hechos que pueden afectar al contenido de un asiento, como las anotaciones de procedimientos”

⁴⁹⁰ LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*. Op. Cit., p. 77.

⁴⁹¹ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 49.: “Estima que habrá que presentar también el documento en que se haya producido el nombramiento”.

⁴⁹² LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 49.

bien por diligencia, bien por auto”. Por tanto, opinamos que el nombramiento del administrador y la constitución del P.P., deben presentarse en el mismo momento, que se tenga la documentación al R.C., para su inscripción, lo mismo que en las aportaciones posteriores.

Como muy bien aportan los autores DIEZ-PICAZO y GULLON⁴⁹³: “Una vez presentada ante el Registro la solicitud de inscripción y la titulación necesaria⁴⁹⁴, precede a la práctica del asiento un juicio del encargado sobre la cualidad y la validez de los hechos y de los títulos presentados. Por lo que, la calificación es un juicio de valor que el encargado toma acerca de los hechos cuya inscripción se solicita y de los títulos por virtud de los cuales se pretende⁴⁹⁵”. Los mismos autores conceptúan a la calificación: “como un control de la realidad y la exactitud y, además, de la legalidad de los asientos”. Por lo que, solamente tiene efectividad todo lo que comprende el R.C.

Por tanto, una vez presentada la constitución del P.P., y el representante legal, el administrador, en el caso sí el encargado del Registro tuviere dudas pueda realizar las comprobaciones pertinentes o dictará resolución denegándolos⁴⁹⁶.

⁴⁹³ DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (2005). *Sistema de derecho civil I*. Op. Cit., p. 320.

⁴⁹⁴ Siempre atendiendo en la calificación a la capacidad e identidad del declarante y las sentencias y resoluciones, atendiendo al art. 27 párr. 2º de la L. R. C., de 8 de junio de 1957 RCL RCL 1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. pág. 372.

⁴⁹⁵ Nos remiten los autores al art. 27. 1º párr., de la L. R. C., de 8 de junio de 1957 RCL RCL 1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. pág. 372.

⁴⁹⁶ Art. 28 de la L. R.C., de 8 de junio de 1957. RCL 1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. pág. 372.

Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO⁴⁹⁷ entiende que: “el artículo 8.1º de la L.P.P.D., declara que lo que se inscribe es la representación legal, la existencia de un administrador del P.P., la identificación, y el dato del documento en que se haya formalizado en la constitución del patrimonio, la misma autora afirma, no parece que hayan de inscribirse las reglas de administración establecidas por el constituyente. En cuanto a la publicidad sobre la existencia del órgano de fiscalización o supervisión establecido por el constituyente, pienso que la inscripción debe hacerse una referencia a su existencia (en un sentido amplio, forma parte del sistema de administración establecido) pero no su composición y facultades que en cada caso, deberán justificarse mediante la exhibición del documento de constitución, en la aceptación manifiesta, la aceptación podrá constar en el mismo título constitutivo, bien con fecha posterior y su constancia podrá realizarse con comparecencia apud acta, ante el secretario

⁴⁹⁷ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1026. Por otra parte, el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”. Op. Cit., pps. 23-24, aporta: “Entendemos que, puesto que es un órgano meramente voluntario, no debe hacer mención de él en el Registro del Estado Civil, no siquiera cuando se configure como parte de la estructura de la administración (siguiendo el modelo de administración = representación y control = órgano de vigilancia), pues la representación que es lo fundamental para las relaciones con terceros, recae siempre en el administrador, nunca en el órgano de fiscalización”, lo que implica no publicar la estructura de la administración del P.P., el mismo autor manifiesta: “La Ley atribuye al representante las facultades de administración y disposición de los bienes y derechos que integran el P.P., y esas facultades surten efectos erga omnes, protegiendo los intereses de terceros que contraten con él, de buena fe. En eso se asemeja a la patria potestad y a la tutela, De ahí que, las facultades representativas de administrador no se entiendan afectadas por la limitaciones de tipo interno que puedan haberse establecido (sistema germánico de representación). Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el administrador, frente al beneficiario e incluso al constituyente, por la trasgresión de tales límites. Siendo así, será innecesario publicar en el registro alguno las reglas de administración y sus limitaciones, pues no tienen virtualidad práctica frente al tercero que opera de buena fe”, posición que no compartimos, pues el órgano de fiscalización o supervisión de constarse en el Registro, si no se toman estas medidas, pueden perjudicar al P.P.

del juzgado que decretó la resolución judicial constitutiva o por escritura ante el Notario, o documento con firma legitimada notarialmente. Pudiendo darse el caso que el administrador sea nombrado después del acto constitutivo, tendrá que presentar el documento del nombramiento del título constitutivo con diligencia posterior, mediante escritura notarial aparte”.

11. LA INCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En referencia, al art. 8.2º de la L.P.P.D., que señala: “Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de propiedad inmobiliaria correspondiente, conforme a la legislación hipotecaria. Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de persona con discapacidad se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal”. Por lo que, entendemos que la constancia registral se puede realizar de dos formas: a) en la propia inscripción de la adquisición por el discapacitado, conforme al art. 8.2º.1º párr., de la L.P.P.D., atendiendo si la persona discapacitada sí tiene “suficiente capacidad de obrar”, b) mediante nota marginal⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ Al respecto, los autores GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., (2000). *Lecciones de derecho hipotecario*. Op. Cit., p. 167, manifiestan sobre las notas marginales: “Se trata de notas que dan fe de un hecho, de la celebración de un negocio jurídico o de cualquier circunstancia que

Por otra parte, señala la Ley en su art. 8.2º.1º párr.: “Cuando el dominio de un bien o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria”. Por lo que, entendemos que se aplicará también la norma hipotecaria⁴⁹⁹.

11.1. Las personas legitimadas en la inscripción del patrimonio protegido en el Registro de la propiedad

El R.P., en la inscripción del P.P., ofrece una seguridad jurídica frente a terceras personas sobre los bienes o derechos inscritos respecto a su titularidad⁵⁰⁰. Al respecto, los autores GÁLLIGO y DEL POZO⁵⁰¹ sobre las funciones del R.P., entienden: “de lo que se trata es de evitar que se pueda alegar ignorancia cuando determinada situación real consta en el R. P., pues se trata, por tanto, de una finalidad dirigida a terceros”.

determinan un cambio real, como “adquisición, modificación”, dando lugar a los bienes que tienen carácter registrable tanto los bienes que se aportan posteriormente al P.P.

⁴⁹⁹ Por tanto, se aplicarán estas normas Ley Hipotecaria Decreto de 8 de febrero 1946-RCL\1946\886. B.O.E. 27 febrero 1946, núm.58, pág. 1518; rect. B.O.E. 14 marzo 1946 núm. 73, pág. 1987 y el Reglamento Hipotecario. Decreto de 14 de febrero 1947- RCL\1947\476. B.O.E. 16 abril 1947, núm. 106; rect. B.O.E. 23 mayo 1947, núm. 143, pág. 2960.

⁵⁰⁰ La autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., 104, manifiesta refiriéndose al R. P.: “Con el propósito de afianzar la seguridad jurídica que demanda la concordancia entre la realidad registral y extrarregistral, cuando el dominio de un bien inmueble o un derecho real sobre el mismo se integre en una masa patrimonial protegida de conformada con la Ley 41/2003, en el R. P., correspondiente “se hará constar” esta cualidad(de bien o derecho integrante de un P.P.) en la inscripción practicada a favor de la persona con discapacidad”.

⁵⁰¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de derecho hipotecario*. Op. Cit., p. 18.

Por otro lado, el R. P., en cuanto a la identificación del derecho inscrito, los autores GÁLLIGO y DEL POZO⁵⁰² entienden: “normalmente, el título inscrito no se limita a proclamar la atribución del derecho a un titular, sino que contiene especificaciones que lo configura e individualizan. Estas circunstancias, que no son necesariamente derechos reales, se incorporan a la situación jurídica inscrita poniendo como ejemplo el valor económico del derecho inscrito, de esta forma el valor de un bien inmueble, y añaden, de la misma forma porque existe una disposición general que permiten el acceso al Registro todos los derechos reales”. Por tanto, entendemos que existe una diferencia respecto al R. C., en este se incluían los siguientes elementos: la persona con discapacidad, la constitución del P.P., el representante legal o administrador, como hemos visto.

Por otra parte, la inscripción en el R. P., la puede realizar la persona discapacitada con “suficiente capacidad de obrar”, por el contrario sino tiene “suficiente capacidad de obrar” la podrá realizar su representante legal, administrador del P.P., o el aportante al P.P.⁵⁰³

⁵⁰² GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de derecho hipotecario*. Op. Cit., pps. 35 -37.

⁵⁰³ Por otra parte, tenemos que observar la legislación hipotecaria como señala el art. 8.2º.1º párr., de la L.P.P.D.: “Cuando el dominio de un bien o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria”. El art. 6 de la Ley Hipotecaria Decreto de 8 de febrero 1946-RCL\1946\886. B.O.E. 27 febrero 1946, núm.58, pág. 1518; rect. B.O.E. 14 marzo 1946 núm. 73, pág. 1987, nos señala, ¿quien puede pedir el registro de un bien o derecho, en el Registro de la Propiedad?. Por otra parte, ante la pregunta, ¿quién inscribe?. Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 54, entiende: “habrá que contestar teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 6 L.H. y por tanto será el que haya transmitido el bien o derecho al adquirente o representante legal de cualquiera de ellos y (art. 7 L.H.) todos presumidamente representados por parte del documento. Esto en el caso de que haya transmisión de bienes. En el supuesto de que no la hubiera(si con el propio patrimonio del beneficiario se constituye el patrimonio protegido

Por otro lado, los autores GÁLLIGO y DEL POZO⁵⁰⁴ aportan: “los derechos reales no acceden al Registro de manera autónoma y abstracta, sino lo hacen de la mano del acto que los crea, manifestando en este sentido el artículo 2 L.H. (Ley Hipotecaria) como el artículo 7 R.H. (Reglamento Hipotecario) refiriéndose a los títulos que crean derechos”. Al respecto, entendemos cuando los autores expresan de la “mano que los crea”, se refieren tanto la persona discapacitada con “suficiente capacidad de obrar”, como a la persona que no tiene “suficiente capacidad de obrar”, por lo que tendrá que realizarlo su representante legal, administrador del P.P., o el aportante al P.P.

Por otra parte, en el R. P., se deberá inscribirse el bien o derecho atendiendo al art. 1. 2º párr., de la L.H. Decreto de 8 de febrero 1946-RCL\1946\886⁵⁰⁵ que señala: “Registro, en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles”, por lo que todos los Registros de la propiedad, no serán accesibles para los bienes o derechos registrables.

Por otro lado, los autores GÁLLIGO y DEL POZO⁵⁰⁶ se preguntan: ¿Que títulos son susceptibles de ser inscritos? La respuesta la da el art. 2 L.H, con remisión al art.1 L.H.

vía art. 3-1) serán el propio beneficiario discapacitado o sus padres, tutores o guardadores de hecho constituyentes del patrimonio, quienes deberán solicitar la inscripción y, en el caso de que sea nombrado administrador de ese patrimonio un tercero, éste también podrá solicitar la inscripción como representante legal del beneficiario discapacitado”

⁵⁰⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de derecho hipotecario*. Op. Cit., p. 33.

⁵⁰⁵ B.O.E. 27 febrero 1946, núm.58, pág. 1518; rect. B.O.E. 14 marzo 1946 núm. 73, pág. 1987.

⁵⁰⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de derecho hipotecario*. Op. Cit., p. 34.

12. LA INCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN OTROS REGISTROS

El art. 8. 2º de la L.P.P.D., señala: “La misma constancia registral se practicará en los respectivos Registros respecto de los restantes bienes que tengan el carácter de registrables”. Como aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁵⁰⁷: “en concreto, en el supuesto de que se integren en un P.P., como ejemplos participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva o acciones o participaciones en sociedades mercantiles⁵⁰⁸, y añadiendo, esta cualidad será notificada a la gestora por el Notario autorizante (si la constitución tuvo lugar por escritura pública)⁵⁰⁹ o por el Juez (si lo fue por resolución judicial), a fin de que conste fehacientemente la afección de tales bienes al P.P.”.

⁵⁰⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 105.

⁵⁰⁸ Respecto a las acciones o participaciones, la autora ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1029, manifiesta: “No dice cual es la finalidad de esta comunicación pero habrá que entender que es a efectos de que los respectivos Registros de titulares de participaciones de fondos o de acciones nominativas o participaciones hagan constar esta circunstancia y la representación legal del administrador a efectos de comunicaciones, pagos de dividendos y futuras enajenaciones o posibles embargos. Si las acciones fuesen al portador, al no existir libro registro de socios la sociedad no podrá dejar constancia en el mismo y se limitará a archivar la documentación recibida para su conocimiento”.

⁵⁰⁹ Cabe resaltar la importancia del Notario en la D.G.R.N. (Bienes Muebles) Resolución 18 de enero 2006 RJ 2005\1109, en su Fundamento de Derecho, señala: “Ahora bien, esto no debe impedir el acceso al Registro de Bienes Muebles de los contratos que consten en documento público (notarial), dotado de muchos mayores efectos. Por tanto en el presente caso, no cabría suspensión de la inscripción por falta de adecuación”.

Por otra parte, pueden ser otros bienes inscribibles en los Registro de automóviles, barcos, aeronaves, hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. No obstante, todos los autores se remiten a las legislaciones procedentes⁵¹⁰. Por tanto, pensamos que el legislador tendría que haber unificado esta legislación, respecto a estos diversos Registros que afectan al P.P.

⁵¹⁰Al respecto, los autores LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 57, manifiesta: “El art. 8-2-párrafo 2º. dispone la práctica de la inscripción correspondiente a la circunstancia de que nos ocupamos en otros Registros en los que sean inscribibles “los restantes bienes que tengan la consideración de registrables” (Registros de automóviles, barcos, aeronaves, hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, de bienes adquiridos a plazos, etc.). Ante la imposibilidad detallar en este trabajo cada uno de los supuestos, me remito a las legislaciones procedentes así como su aplicación analógica, para dichos registros”. ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1028, sostiene: “El artículo 8.2, párrafo 2º dispone la práctica de la inscripción correspondiente a la circunstancia de que nos ocupamos en otros Registros en los que sean inscribibles los restantes bienes que tengan la consideración de registrables (Registros de Bienes muebles, Registros administrativos de buques o vehículos a motor, etc.). Ante esta imposibilidad de detallar cada uno de los supuestos, me remito a las legislaciones procedentes”.

CAPÍTULO CUARTO

LA ADMINISTRACIÓN SUPERVISIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.- 2. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 2.1. La administración del patrimonio protegido mediante una persona jurídica.- 2.2. El nombramiento del administrador en el patrimonio protegido.- 2.3. Varios administradores en el patrimonio protegido.- 3. LA COSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PRIVADO POR EL PROPIO DISCAPACITADO CON “SUFICIENTE CAPACIDAD DE OBRAR” Y DE LA PERSONA DISCAPACITADA SIN “SUFICIENTE CAPACIDAD DE OBRAR”.- 4. LA SUBASTA PÚBLICA SU SUPRESIÓN EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 5. LA FUNCIÓN DEL ADMINISTRADOR EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 5.1. La gestión de patrimonio protegido por el administrador.- 5.2. Las obligaciones del administrador.- 5.3. La actuación del administrador del patrimonio protegido como un buen padre de familia.- 5.4. El cumplimiento por el administrador, la rendición de cuentas y la comunicación.- 5.5. La responsabilidad que conlleva el cargo de administrador en el patrimonio protegido.- 6. LA SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 6.1. La supervisión voluntaria.- 6.2. La supervisión institucional.- 7. LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 7.1. La muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario.- 7.2. Perder la condición de persona con discapacidad.- 8. OTRAS EXTINCCIONES QUE NO SE CONTEMPLAN EN EL ART. 6 DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 8.1. Extinción del patrimonio protegido mediante resolución judicial.- 8.2. El vaciamiento de patrimonio protegido.- 9. LA RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 10. EL DESTINO DE LOS BIENES DESPUÉS DE LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 10.1. El destino de los bienes en caso de muerte o declaración de fallecimiento.- 10.2. El destino de los bienes tras la pérdida de la discapacidad.- 11. LA REVERSIÓN DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.- 11.1. Los elementos para que proceda la reversión en las aportaciones del patrimonio protegido extinguido.- 12. LA IMPOSIBILIDAD DE DAR A LOS BIENES O DERECHOS SU FINALIDAD PREVISTA.- 13. LA CANCELACIÓN REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 5 de la L.P.P.D., determina la forma de administración del P.P., diferenciando, dos modalidades de administración: la primera si la persona discapacitada tiene “suficiente capacidad de obrar”, constituirá la forma de administración del P.P., y la segunda cuando la persona no tenga “suficiente capacidad de obrar” en que se articulará por medio de sus representantes legales⁵¹¹, estableciéndose ambas figuras, en las reglas de administración. Al respecto, el art. 5 de la L.P.P.D., señala:

“1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea su procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de la autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

⁵¹¹Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 82, aporta: “La determinación de estas reglas corresponde a la persona que constituya el patrimonio protegido que, de acuerdo con lo que hemos vistos, puede ser, sus padres, tutores o curadores”.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se haga para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el Juez competente proveerá lo que corresponda a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para la validez y eficacia.”

Por lo que, debemos matizar como aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁵¹²: “la cuestión de la administración del patrimonio protegido se regula en el art. 5 L.P.P.D. En este ámbito, la Exposición de Motivos de la Ley matiza que el término “administración” se aplica en un sentido amplio, incluyendo los actos de disposición (E. M. IV)”.

Por otra parte, como señala el art. 5. 2º último párr., de la L.P.P.D.: “no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se haga para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.”

Por tanto, como inicialmente habíamos expuesto existirán dos supuestos la persona con “suficiente capacidad de obrar”, y la persona que no tiene “suficiente capacidad de obrar” en la que actuarán, sus representantes legales, como menciona la autora PEREÑA VICENTE⁵¹³:

⁵¹²CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 98.

⁵¹³PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 82.

“sin embargo, existe una diferencia fundamental en función de quién sea el constituyente”, pues estos supuestos los distingue la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁵¹⁴: “el primer supuesto en que el constituyente del patrimonio protegido es el propio beneficiario del mismo (art. 5.1 de la Ley 1/2003). En este, caso y con independencia de cuál sea la procedencia de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, se dota al constituyente de amplias facultades para su administración⁵¹⁵, y el segundo supuesto que señala la autora: “los demás casos” (art. 5.2 de la Ley 41/2003). En los demás casos, esto es, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el mismo beneficiario sino otra persona, pudiendo ser sus representantes legales”.

Por otra parte, como señala el art. 5.7º de la L.P.P.D.: “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para la validez y eficacia”. De la misma forma, cabe mencionar el art. 5.5º de la L.P.P.D., que señala: “En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que en su caso, fueran aplicables”, a este respecto

⁵¹⁴CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 98-99.

⁵¹⁵Al respecto, la autora SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “la administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 158, aporta: “Si la persona con discapacidad posee capacidad de obrar suficiente, la administración podrá corresponder al mismo discapacitado o a la otra persona, ya porque sí ha querido el discapacitado cuando él mismo haya constituido el patrimonio protegido, ya porque haya aceptado cuando el constituyente sea un tercero”.

nos remitimos al art. 241 C.c., respecto a las personas físicas, y al art. 242 C.c., respecto a las personas jurídicas⁵¹⁶.

En sentido opuesto, el autor SERRANO GARCÍA⁵¹⁷ sostiene: “es posible que de la composición del P.P., resulte que estas personas jurídicas no sean entidades más adecuadas para la gestión de alguno de ellos, como por ejemplo, cuando su composición sea la que señala el artículo 8: “participaciones en fondos de inversión, acciones o participaciones en sociedades mercantiles”; una entidad especializada, aunque tenga finalidad lucrativa, es más adecuada para gestionar un patrimonio con esta composición que las actuales personas jurídicas”⁵¹⁸.

En otro orden de cosas, el art. 5.2º de la L.P.P.D, establece unos límites, al señalar: “las reglas de administración prevean obligatoriedad de autorización judicial en los mismos casos que el tutor la requiere respecto

⁵¹⁶ En este sentido, la autora SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “la administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 159-160, sostiene: “De modo que, atendiendo a lo dispuesto en el Código Civil, podrán ser administradores del patrimonio protegido todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no concurra en ellas alguna de las causas de inhabilitación establecidas en los artículos 243 a 245 C.c. (art. 241 C.c.), y también las persona jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre ellos cuyos fines figure la protección de incapacitados (art. 242 C.c.)”.

⁵¹⁷SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*. Op. Cit, p. 248.

⁵¹⁸ Al respecto, la autora SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 160, sostiene la necesidad de una persona jurídica con fines no lucrativos: “tendría sentido si el patrimonio protegido estuviese compuesto única y exclusivamente por ese tipo de bienes, pero hay que tener presente que lo habitual es que en un patrimonio se encuentren bienes de distinta naturaleza, en cuyo caso parece ser más conveniente atender al criterio del Código acudir a las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre sus fines figure la protección de los menores e incapacitados”.

del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables”. En este sentido, cabe mencionar la figura jurídica de los padres.

Por otra parte, el autor CUADRADO IGLESIAS⁵¹⁹ aporta: “la administración del P.P., se regula con amplitud y flexibilidad. El concepto amplitud lo amplia no solamente a los actos de gestión de los bienes y derechos que componen el P.P., sino a los actos disposición enmarcándolos en la flexibilidad, porque puede corresponder su ejercicio a quien constituya el patrimonio, ya sea la propia persona con discapacidad que tenga capacidad de obrar suficiente, ya sean personas distintas, e, incluso, a personas que no hayan constituido dicho patrimonio ni hecho aportaciones al mismo, siempre que no estén inhabilitadas para ser tutores, de acuerdo con lo establecido en el C.c., o en las normas forales que, en su caso, fueran aplicables”, entendiéndolo el autor que pueden ser incluso personas que no hayan constituido dicho patrimonio, ni hecho aportaciones al mismo.

Por otro lado, la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁵²⁰ considera: “en el caso que la persona discapacitada no tenga la “suficiente capacidad de obrar” y los administradores del P.P., no sean sus padres, legítimos representantes, quienes tienen atribuida legalmente la gestión del patrimonio restante, podría plantearse situaciones de singular complejidad, determinadas por varios administradores (con específicos ámbitos de actuación en diversos ámbitos patrimoniales del discapacitado),

⁵¹⁹ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1143.

⁵²⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 100-101.

pudiéndose decir la actuación es más concreta que la actuación de los padres y los representantes legales, respecto a la necesidad de la satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad. Con la consiguiente necesidad de combinar la aplicación del contenido de los arts. 164 y 227⁵²¹ C.c., entre otros”.

Por otra parte, el administrador del P.P., podrá administrar los bienes con independencia de cuál sea la procedencia de los bienes y derechos que integren el P.P.

Por otro lado, la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁵²² manifiesta respecto a la actuación de los padres o sus representantes legítimos en la disposición de bienes: “un incapacitado sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada, en el que considero que la obligatoriedad de la autorización judicial procederá en los supuestos en que los progenitores la necesiten para la realización de determinados actos relativos al patrimonio del hijo, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 166 C.c., por supuesto que siempre a salvo de lo que pudiera disponer, en su caso, la sentencia de incapacitación”. Respecto de esta última consideración, tratándose de una persona sometida a curatela, habrá que estar a la disposición contenida en el art. 299 C.c.

⁵²¹ Al respecto, el autor TORRES MATEO, M., (2009). *Código de familia*. Colección Códigos Profesionales. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 1714, Ley 13/2006 de 27 de diciembre, Ley de derecho de la persona de Aragón (BOE núm. 23/2007, de 26 enero y BOA núm. 149/2006, de 30 diciembre [LARG 2006,404) (arts. 87 a 145), podemos ver la similitud del art. 94 Administración voluntaria, con el art. 227 C.c. Modificado por el Decreto legislativo1/2011, de 22 marzo-LARG\2011\118, BOA núm.63/2011 de 29 marzo, pág. 6490, con lo cual queda redactado en su art. 107. Administración voluntaria.

⁵²² CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 100.

En el régimen de la administración del P.P., existen limitaciones para la protección del patrimonio de la persona discapacitada, como habíamos mencionado, en este sentido la supervisión mediante la autorización judicial.

2. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El administrador del P.P.,⁵²³ puede ser una persona física o jurídica, nombrada por el constituyente o ser el mismo constituyente del P.P.⁵²⁴ Al respecto, el Juez actuará en beneficio de la persona con discapacidad, para sus necesidades vitales en ciertas actuaciones en el P.P.⁵²⁵

Por otra parte, nuestra pregunta es, ¿quién puede designar al administrador en el caso de que la persona no tenga capacidad de obrar suficiente? En este caso, corresponderá a sus padres o tutores o, si así lo

⁵²³ Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 101, considera: “ Sin duda, la Ley 41/2003 regula la posibilidad de ser administrador del P.P., con evidente amplitud, pues el ejercicio de la administración puede corresponder tanto al constituyente, bien sea la propia persona con discapacidad y con suficiente capacidad de obrar o bien sea persona (s) distinta(s), como quienes no hayan constituido el P.P., ni siquiera hayan realizado aportaciones al mismo siempre y cuando, según establece esta regla, no estén inhabilitadas para ser tutores de conformidad con lo dispuesto por la legislación civil, común o foral según proceda”.

⁵²⁴ En este sentido, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 152, entiende: “que el administrador del P.P., será el sujeto determinado o determinable según las reglas establecidas en la constitución de tal patrimonio”.

⁵²⁵ Al respecto, los autores GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO, J. F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Op. Cit., p. 324, aportan: “En todo caso, los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza”.

decide el constituyente, lo que implica que las personas que aportan al P.P., no decidirán sobre la aceptación del administrador⁵²⁶, en el caso contrario si la persona tiene “suficiente capacidad de obrar”⁵²⁷ podrá recaer en la misma persona discapacitada o en otra persona que él lo haya dispuesto en la constitución del P.P., y éste tercero lo haya aceptado. En este último aspecto de la administración del P.P., mediante una tercera persona, que haya dispuesto la persona discapacitada con “suficiente capacidad de obrar”, el autor LÓPEZ-GALIACHO ⁵²⁸sostiene: “porque nadie puede arrogarse la representación legal de quien no está incapacitado, crea además un patrimonio, y decide no administrarlo directamente, sino a través de un tercero o terceros, quien, por otra parte, no deja de ser un representante directo o indirecto suyo”, de todas formas como se menciona en el art. 5. 7º de la L.P.P.D.,⁵²⁹ podría ser como señala el autor, “porque nadie puede arrogarse la representación legal de quien no está

⁵²⁶ En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 426, sostiene: “Además de administrador, puede determinar el constituyente un órgano de fiscalización, que forma parte del órgano o persona física o jurídica, que administra”.

⁵²⁷ La (E.M. IV) de la L.P.P.D., señala: “ En cuanto a la administración del patrimonio, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas que considere oportunas. Cuando el constituyente del patrimonio sea el beneficiario del mismo, y a la vez tenga capacidad de obrar suficiente, se aplica sin más la regla general expresada”, y el art. 5.1º de la L.P.P.D., señala: “Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público”.

⁵²⁸ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., p. 194.

⁵²⁹ Art. 5.7º de la L.P.P.D., señala: “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutores para su validez”.

incapacitado”, por eso el autor rechaza la representación de la persona con discapacidad siempre que tenga “suficiente capacidad de obrar”, y siempre que el mismo discapacitado decida no administrarlo directamente⁵³⁰.

Por lo que, consideramos la existencia de dos clases de administrador los elegidos mediante el constituyente discapacitado con “suficiente capacidad de obrar”, por lo que podríamos denominarlo como designación voluntaria⁵³¹, y, por el contrario quien no tiene “suficiente capacidad de

⁵³⁰Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 154, atribuye esta concepción recordando a una pequeña fundación en beneficio del discapacitado, pues el P.P., no tiene personalidad jurídica como manifiesta: “Ciertamente choca la idea de existencia de un representante legal con capacidad de obrar. Esta representación legal, más que entroncar con la representación de los discapacitados y menores, entronca con la sociedades y personas jurídicas, sin llegar a ser un tipo de ellas, pues el patrimonio protegido no está personificado, no tiene atribuida personalidad jurídica”.

⁵³¹ Al respecto los autores aportan PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 97.: “Entendemos que a pesar de la literalidad de este precepto, el administrador no tendrá la consideración de representante legal cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar, se aproxima más a un representante voluntario”. SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 186.: “La representación voluntaria supone un medio para ampliar las posibilidades de actuación jurídica del representado, valiéndose voluntariamente de la actividad ajena para llevarla a cabo actos respecto a los cuales el interesado tiene capacidad suficiente para realizarlos por sí mismo”. SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*. Op. Cit, p. 388.: “Es perfectamente posible que el discapacitado capaz confíe la administración del patrimonio protegido a un tercero, y le señale reglas, pero en este caso no estamos ante una representación legal, sino una voluntaria, y añade la representación voluntaria de la misma manera que se confiere puede eliminarse, en este sentido atiende el autor sobre un otorgamiento preventivo de poder que no se extinga por el poderdante o que comience a tener eficacia cuando el poderdante resulte incapacitado (art. 1732 C.c.)”. De la misma forma, se expresa De forma diferente se pronuncia el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 145, al señalar: “Entendemos que se trata de un representante del patrimonio, no es, no del beneficiario del mismo. Pues entiende que la ley atribuye al representante las facultades de la administración y disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, esas facultades surten efectos erga omnes y no se entienden afectadas por las limitaciones de tipo interno que puedan haberse

obrar”, la denominaríamos designación involuntaria⁵³². Por tanto, especialmente en la elección involuntaria el administrador, efectúa una función necesaria para que la persona con discapacidad, tenga satisfechas sus necesidades vitales, no dejando de lado la función que también ejerce en la elección voluntaria, ya sea el propio discapacitado, o, tercera o terceras personas están constituidas por él.

Por otro lado, en este caso del discapacitado con “suficiente capacidad de obrar” que nombre a una tercera o tercera personas de forma definitiva, no podrá intervenir Juez, y al mismo tiempo no podrá ejercer la posibilidad de revocación por parte de la persona discapacitada. Al respecto, sobre el nombramiento de varios administradores, en este último caso puede existir alguna descoordinación entre ellos administradores.⁵³³

establecido(sistema germánico de representación), lo cual hace innecesario publicar en Registro alguno las reglas de administración y además añade el autor que tiene semejanzas al régimen de la patria potestad y la tutela, protegiendo los intereses de terceros que contraten con el representante del Patrimonio Separado”.

⁵³² Al respecto, las autoras aportan PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 97.: “en la representación legal está presente la idea de que el representado no tiene capacidad”. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 186.: “Por el contrario, la representación legal se fundamenta en la necesidad de suplir la falta de capacidad de obrar del representado, o evitar las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse para el patrimonio cuando el titular del mismo no está en condiciones de asumir su gestión”.

⁵³³ Por otra parte, tanto al administrador como a los administradores se les aplicará el art. 1459. 2º C.c., sobre los bienes del P.P., en cuanto prohibición de compra.

2.1. *La administración del patrimonio protegido mediante una persona jurídica*

Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA⁵³⁴ aporta: “Además de administrador puede determinar el constituyente, o persona física o jurídica que administra”, por lo que debemos remitirnos a la (E.M. IV) de la L.P.P.D., que señala: “La administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención de las personas con discapacidad”. Como se menciona en la norma pueden ser centros especializados en la atención de la personas con discapacidad, en sus diversos ámbitos de la discapacidad, como señala el art. 242 C.c. Por tanto, de lo que se desprende existen en la (E.M IV) de la L.P.P.D., dos elementos: 1º tienen que ser entidades sin ánimo de lucro⁵³⁵, y, 2º tienen que estar especializadas en atención a las personas con discapacidad⁵³⁶. Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO⁵³⁷ aporta: “al igual que han

⁵³⁴ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 426.

⁵³⁵ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 422, manifiesta: “Tampoco pueden ser administradores del P.P., las entidades que no puedan ser tutores. Es decir, que ni las entidades con ánimo de lucro, ni aquellas que no tengan por finalidad la protección de menores o incapacitados, pueden ser administradores del P.P.”.

⁵³⁶ En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 422, aporta: “A contrario las entidades que por tener finalidad altruista y por tener como finalidad proteger a menores incapacitados sí pueden ser administradores (Comp. art. 242 C. c.)”.

⁵³⁷ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 1012-1013.

surgido fundaciones tutelares, lo ideal sería que surgieran instituciones sin ánimo de lucro que en su objeto fundacional recogiesen la protección de las personas con discapacidad y se especializaran en la administración de P.P.S. Pensemos en todas las personas mayores que van perdiendo sus capacidades y se ven solas, en muchas ocasiones son mayores con grandes patrimonios que acaban siendo expoliados poco a poco, sin que exista una solución adecuada para la administración de estos patrimonios”.

Por tanto, entendemos que implica la necesidad de la administración de la persona jurídica y su buena gestión del P.P., para la atención de las necesidades vitales de la persona discapacitada y su especialización en el ámbito de la discapacidad, lo que excluye a las personas jurídicas que no estén capacitadas en el ámbito de la discapacidad.

2.2. El nombramiento del administrador en el patrimonio protegido

De acuerdo con el art. 3.3º b) de la L.P.P.D., señala: “en la constitución del patrimonio se deberán contener, además de las reglas de administración, los procedimientos de designación de las personas que tengan que integrar los órganos de administración”⁵³⁸. De esta forma, la designación del administrador deberá llevarse a cabo de acuerdo con las

⁵³⁸ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 388, manifiesta: “en el caso de nombramiento directo o voluntario al discapaz, capaz aunque confía la administración del patrimonio protegido a un tercero”. Por lo que, entendemos implicará que es un acto “inter vivos” el nombramiento de los administradores.

normas que están establecidas en la escritura o en su caso, en la resolución judicial de la constitución del P.P.

Por otra parte, lo que realmente nos interesa es la forma de administración del P.P., pues en ello recaerá, la satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad.

Por lo que, debemos atender, sí realmente es un P.P., de gasto, se actuará de una forma no tan compleja en el nombramiento del administrador, si por el contrario es un P.P., de ahorro el nombramiento de administrador será más compleja, por su mayor cuantiosidad de bienes y derechos.

Por otra parte, el art. 5.6º de la L.P.P.D., señala: “Cuando no pudiera designar administrador conforme las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal”. Por lo que, pensamos que implica que el legislador pensó que ante la imposibilidad de ser elegido el administrador, por la reglas establecidas, en caso de que la única persona física sufrirá una incapacidad, muerte⁵³⁹ o no existieran personas por estar inhabilitadas⁵⁴⁰, el Juez dilucidará que persona será la indicada para ser administrador.

⁵³⁹ Al respecto, LEÑA FERNANDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 60, manifiesta: “mientras que el otro tipo de nombramiento sería indirecto o mortis causa”.

⁵⁴⁰ Nos tenemos que remitir al art. 5.5º de la L.P.P.D., que señala: “En ningún caso podrán ser administradores las personas, que no puedan ser tutores, conforme a lo dispuesto en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que en su caso fueran aplicables”, en este caso nos remitimos a los arts. 243 a 246 C.c., y en el derecho civil foral o especial, por lo que debemos citar al autor TORRES MATEO, M., *Código de familia*. Op. Cit., pps. 1717, 1748. Ley 13/2006 de 27 de diciembre, Ley de derecho de la persona de Aragón (BOE núm. 23/2007, de 26 enero y BOA núm.

Por otra parte, la figura jurídica del administrador tiene una semejanza muy parecida al tutor, la única diferencia entre ambas figuras jurídicas: la primera figura jurídica es la administración de un P.P., mientras que en la segunda figura jurídica es más amplia en la aplicación en el patrimonio del tutelado.

Por lo que, la L.P.P.D., como habíamos mencionado el constituyente puede ser la persona discapacitada, podría pensarse que dado que él es el constituyente, podrá modificar las reglas de administración por él previstas, pues el sólo formó parte en este negocio jurídico de constitución del P.P.

Por otra parte, la autora PEREÑA VICENTE⁵⁴¹ se pregunta: “¿se podrá mantener esta misma solución si la constitución del P.P., aunque verificada por el beneficiario, se llevó a cabo con aportaciones de terceros? Ya hemos dejado claro que incluso con aportaciones de terceros, el único que puede constituir, si tiene capacidad suficiente, es el discapacitado, o en su caso sus representantes legales sino tuviera “capacidad suficiente de obrar”. Puesto que, realmente son aportaciones y no las realiza las aportaciones el constituyente del P.P. Por lo que, sería a su vez un problema, pues las aportaciones al P.P., pueden ser posteriores a su constitución, cada vez se tendría que hacerse una constitución diferente.

149/2006, de 30 diciembre [LARG 2006,404) (arts. 87 a 145), art. 111. Causas de inhabilidad. Modificado por Decreto legislativo1/2011, de 22 de marzo-LARG\2011\118, B.O.A. núm. 63 de 29 de marzo, pág. 6490, art. 125. Causas de inhabilidad. De la misma, forma se contempla en la Ley 9/1998 de 18 de julio. Código de Familia de Catalunya (BOE núm.198/1998, de 19 de agosto y DOGC núm. 2687/1998, de 23 julio [LCAT 1998, 4221) art. 186. Incapacidad. Modificado por la Ley 25/2010, de 29 de julio- LCAT\2010\534 (B.O.E. núm. 203/2010, 21 de agosto, pág. 73429 y DOGC núm. 5686, pág.61162) de 21 de agosto art. 222.15. Aptitud para ejercer los cargos tutelares.

⁵⁴¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 86.

Y por último cabe señalar el art. 5.1 de la L.P.P.D.: “Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integre se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución”, y en el art. 5.2 de la L.P.P.D., señala: “En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público”. Lo que implica, que las causas de remoción del administrador pueden afectar al tercero, nombrado por el discapacitado con “suficiente capacidad de obrar” o sus representantes legales, en caso de no tener “suficiente capacidad de obrar”, en este caso tendremos que atenernos a lo que señala la norma en el documento público de constitución, y al mismo tiempo en la modificación de las reglas de constitución del P.P.

Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE⁵⁴² sostiene: “un cambio en las circunstancias puede abocar a la mala gestión”⁵⁴³, esta sería una de las causas de remoción del administrador entre otras provocar un daño a la persona discapacitada⁵⁴⁴, y el incumplimiento de las obligaciones de administrador⁵⁴⁵. Por lo que, en el momento de la constitución deberían incluirse las causas anteriormente citadas. En este sentido, debería tener conocimiento el Ministerio Fiscal, previa comunicación al Juez quien sería el que lo designe mediante una resolución judicial, que tendría la misma

⁵⁴² PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 86.

⁵⁴³ También puede darse el caso, como una causa de inhabilitación que en el mismo momento que ostente el cargo de administrador una persona física, esta misma pierda su capacidad de obrar, teniéndonos que remitir al art. 241 C.c.

⁵⁴⁴ Entrarían en colación los arts. 243 1º, 2º y 244 2º, 4º C.c.

⁵⁴⁵ Nos remitiríamos al art. 247 C.c.

eficacia que el documento público constitutivo, en su caso se debe atender a los arts. 234 y 235 C.c.⁵⁴⁶

2.3. *Varios administradores en el patrimonio protegido*

Anteriormente, hemos comentado la figura del administrador, esto no impide que existan varios administradores en el P.P., pues la L.P.P.D., no contempla la designación de los administradores.

Una vez visto, que pueden existir diversos administradores en el P.P., nos preguntamos, ¿pueden ejercer a la vez la administración del P.P.? . Al respecto, los autores entre ellos cabe citar al autor CUADRADO IGLESIAS⁵⁴⁷ que aporta: “la Ley no contempla la posibilidad de que varias

⁵⁴⁶ En este sentido, la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 88, manifiesta: “De acuerdo con lo expuesto, el Juez sí estará vinculado por el orden de prelación de los arts. 234 y 235, si bien, no debe olvidarse que estos mismos preceptos le permiten, en resolución motivada, alterar el orden. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que la Ley, en este punto, contiene una norma singular para el caso en que los padres o tutores se nieguen injustificadamente a la constitución del patrimonio y el Juez decida su constitución en interés de la persona con discapacidad. En tal supuesto, el artículo 3.2 dispone que “el cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustamente a la constitución del patrimonio protegido”. Por tanto, es una forma más de inhabilitación como administrador del P.P.

⁵⁴⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1143. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., pps. 52-53.: “La posible coexistencia de varios administradores sobre el patrimonio general del discapacitado incapacitado. Así, por una parte estaría el tutor que por ministerio de ley tiene encomendada la administración de su patrimonio; por otra, el administrador nombrado para gestionar específicamente el posible patrimonio protegido; pero también, si se hubieran deslindado- como prevé el art. 236 C.c.- las funciones del tutor del patrimonio y tutor de la persona del tutelado, se nombraría un tutor para gestionar el patrimonio del incapacitado: y. a mayor abundamiento, cabe también que en la práctica se nombrara un cuarto administrador patrimonial, como

personas ejerzan simultáneamente la administración del patrimonio protegido. Tal hipótesis puede plantearse si los bienes y derechos que integran dicho patrimonio son aportados por personas diferentes y cada aportante administra los bienes que aportó o bien la persona por él designada. Posibilidad teórica, pero de gran complejidad en la práctica, que entorpecería gravemente dicha administración”. En este caso si puede darse la posibilidad de que exista un administrador para el P.P., y un tutor para el patrimonio personal. En caso de que la persona con discapacidad tenga un gran P.P., puede existir un administrador para los bienes muebles y otro para los bienes inmuebles o derechos. En este sentido, podemos encontrarnos varios administradores en el P.P., ejerciendo su administración, con la condición que cada uno será nombrado para un patrimonio concreto, o bien o derecho, incluso en la situación del status civil que tiene la persona con discapacidad estaría el tutor. De todas formas, el autor considera que puede entorpecer dicha administración, y efectivamente su descoordinación puede provocar esta situación.

Por otro lado, la autora PEREÑA VICENTE⁵⁴⁸ sostiene: “podrá designarse, varios administradores, ya sea para actuar simultáneamente o sucesivamente y, en el primer caso, podrán ser nombrados para actuar solidariamente o conjuntamente. Si son nombrados solidariamente, cada uno podrá actuar por sí solo. Si son designados para actuar conjuntamente deberán actuar todos ellos de común acuerdo para la validez de los actos”. Por lo que, la autora diferencia la forma de designación y actuación en el

sería aquél que tiene encargado, por la persona que realiza la atribución, el gestionar aquella serie de bienes dispuesta a título gratuito a favor del tutelado, cuando la aportación se haya querido hacer al margen de la figura del P.P., y sí, en cambio, por la vía permitida en el artículo 227 C.c.”.

⁵⁴⁸ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 88.

P.P., cuando existen varios administradores. A todo esto opinamos, que cuando existan varios administradores nombrados, puede existir discordancia o falta de comunicación entre ellos, con la consecuencia de que existirán diferencias tanto en los administradores del P.P., como los administradores del patrimonio principal. Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS⁵⁴⁹ entiende: “esta circunstancia plantea situaciones de gran complejidad cuando entra en juego, a la vez, los artículos 164 y 227 del C.c., y el artículo 5° de la Ley 41/2003”.

Por tanto, implica como habíamos mencionado en la L.P.P.D., no existen unas regulaciones sobre estas situaciones elementales cuando existan varios administradores, debiéndose recurrir al C.c., por lo que el legislador había de haber aclarado más en la concurrencia de varios administradores en el P.P., respecto a su reglamentación.

Ante todo, debemos tener presente ante la existencia de varios administradores, por lo que debe la L.P.P.D., actuar en beneficio de la persona con discapacidad, pudiendo crear en el momento de la constitución del P.P., una disposición para dilucidar los intereses en beneficio de la persona con discapacidad.

Estas situaciones elementales, pueden ser:

Si los administradores designados para actuar conjuntamente, estos deberán actuar todos ellos de común acuerdo para que los actos sean validos. Lo que implica, que si son validas las aplicaciones previstas en los

⁵⁴⁹ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1145.

artículos 237⁵⁵⁰ (por ejemplo como dispone el art. 237 C.c., en su último párr., el desacuerdo de los tutores y la intervención del Juez) y 238 C.c., para el nombramiento conjunto de tutores, y en cuanto al cese de alguno de ellos no impedirán que continúen los demás, si no hubiere previsto nada, como dispone el art. 238 C.c., en el supuesto del cese de uno de los tutores.

Al respecto, la L.P.P.D., no contiene una norma de remisión concreta a las normas de la tutela, solamente existen dos remisiones al C.c.: las causas de inhabilitación, y la necesidad de autorización judicial en las actuaciones de los administradores.

Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE⁵⁵¹ entiende: “a lo que nos referimos se aproxima esta figura a la del tutor, por lo que entendemos que para lo no previsto expresamente, podrá aplicarse supletoriamente el régimen de tutela”, del mismo modo, añade, a efectos de nombramiento de administradores, “De acuerdo con lo expuesto, el Juez si estará vinculado por el orden de prelación de los artículos 234 y 235 C.c., si bien, no debe olvidarse que estos mismos preceptos le permiten, en resolución motivada, alterar el orden”. Por lo que, entendemos la presencia del Juez, en estas situaciones.

⁵⁵⁰En este sentido, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1147, sostiene refiriéndose a la discrepancia entre los administradores: “En caso de discrepancia, podría aplicarse, por analogía, lo dispuesto en las palabras finales del artículo 237 C.c.- en el supuesto de concurrencia de varios tutores sobre el mismo patrimonio- para el caso de que los desacuerdos entre los administradores fueran reiterados, en el sentido de que el Juez puede organizar tal funcionamiento. Ponderando la finalidad específica del P.P.”.

⁵⁵¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 88.

Por otro lado, como habíamos mencionado, también ocurrirá, en el caso, como la modificación de las reglas de constitución del P.P., al estar nombrados los administradores en documento público.

3. LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR EL PROPIO DISCAPACITADO CON “SUFICIENTE CAPACIDAD DE OBRAR”

El art. 5.1° de la L.P.P.D., señala: “Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público”. Por tanto, entendemos que manifiesta el art. 5.1° del mismo cuerpo legal, que son la reglas que la persona discapacitada, que constituyó el mismo la creación del P.P.⁵⁵²

Por otra parte, el art. 5.7° de la L.P.P.D., señala: “El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la consideración de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutores para la validez y eficacia”. En este caso la persona discapacitada tendrá “capacidad de obra suficiente”⁵⁵³, por lo que el Juez no intervendrá en la designación del administrador⁵⁵⁴.

⁵⁵² Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1144, aporta: “Si el constituyente es el propio beneficiario con capacidad de obrar, la regla general, no tendrá ninguna restricción. Será a él a quien correspondan las más omnímodas facultades gestoras, que se establecerán en el documento público de constitución”.

⁵⁵³ Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 98, sostiene: “esta falta de coherencia interna de la Ley, también se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos, cuando en el apartado IV

Por otro lado, la autora PEREÑA VICENTE⁵⁵⁵ sostiene que: “la Ley utiliza un concepto como el de representación legal sin demasiado rigor, y sin respetar su esencia y modo normal de desenvolverse. En todos los casos en los que existe un representante legal, existe una falta de capacidad del representado que es la que suple el representante legal, por lo que salvo, en el caso de los padres, que por el hecho de serlo se convierten en representantes legales de los hijos menores, en todos los demás supuestos, es el Juez el que designa el representante legal, considerando la autora que es el más próximo a la representación voluntaria”. A nuestro modo de ver, puede que el legislador hubiera pensando en la nueva figura jurídica de la aututela, tratada anteriormente, figura jurídica creada tras la aprobación de la L.P.P.D., modificando el art. 223.2º C.c., en este caso no necesitaría la

se refiere precisamente a esta última posibilidad del discapacitado capaz que nombra a otro administrador hace alusión al supuesto en el que el discapacitado capaz no sea constituyente del patrimonio protegido, sino sea un tercero”. En este sentido, nos remitimos (E. M. IV) que señala: “Dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a persona distinta, sea porque así lo haya querido la propia persona con discapacidad, cuando ella misma haya constituido el patrimonio, sea porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea el tercero. En cambio, cuando el beneficiario del P.P., no tenga capacidad de obrar suficiente, el o los administradores del P.P., pueden no ser los padres, tutores o curadores a los que legalmente corresponde la administración del resto del patrimonio de la persona con discapacidad, lo cual hace conveniente que la que la ley prevea expresamente que la representación legal de la persona con discapacidad para todos los actos relativos al P.P., corresponda, no a los padres, tutores o curadores, sino a los administradores del mismo, si bien la representación legal está referida exclusivamente a los actos de administración”, en este segundo caso sí que requerirá la intervención del Juez, aunque sea un tercero el administrador.

⁵⁵⁴ En este sentido, la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 96, sostiene: “En este caso, ninguna de las dos premisas se cumple. Ni el Juez interviene en la designación del administrador, o, al menos, no tiene porqué intervenir”.

⁵⁵⁵ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 96.

intervención judicial, ya que la persona con discapacidad nombró en su momento al administrador, para la supuesta pérdida de la “suficiente capacidad de obrar”, para que en el momento de la pérdida de capacidad de obrar por parte del discapacitado, el administrador se convirtiera en su representante legal. En este caso, se tendrá que tener en consideración el art. 271 C.c., bajo la autorización judicial de incapacitación, se supone que será el administrador nombrado en la autotutela.

Otros supuestos, aplicables serían si la persona discapacitada puso una cláusula suprimiendo en caso de incapacitación el administrador nombrado en la autotutela, o, en su caso, que el Juez decida que no sea otra persona nombrada en la constitución del P.P. En este caso, ¿podría modificarse la constitución del P.P.? Al respecto, afirmamos que sí mediante la designación judicial.

Por otra parte, en la administración de terceras personas del P.P., no necesitarán autorización judicial como anteriormente hemos mencionado, sí la persona con discapacidad tiene “capacidad suficiente de obrar”.

Por otro lado, debemos de tener en cuenta que la persona que no tiene “suficiente capacidad”, como aporta la autora PEREÑA VICENTE⁵⁵⁶: “si son los padres, tutores o curadores, el artículo 5.2 establece unos límites, ya que exige que las reglas de administración prevean la obligatoriedad de autorización judicial”. Por lo que, se exige una autorización para ejercer los actos de administración en el P.P., como aporta el autor CUADRADO IGLESIAS⁵⁵⁷: “los constituyentes del patrimonio, están obligados a

⁵⁵⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 82.

⁵⁵⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1144.

establecer, dentro de las reglas de la administración que se establezcan en el documento público, y añada, la previsión obligatoria en los mismos supuestos en que al tutor⁵⁵⁸ se le requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a lo dispuesto a los artículos 271 y 272 C.c., o, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de Derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables⁵⁵⁹”.

Por otra parte, como aporta la autora PEREÑA VICENTE⁵⁶⁰: “podrá designarse un único administrador o varios, salvo en el caso de los padres, que por el hecho de serlo se convierten en representantes legales de los hijos menores no emancipados”. Por lo que, implica una diferencia en los administradores que son elegidos, tanto por el discapacitado con “suficiente capacidad de obrar”, y en el caso del discapacitado “sin suficiente capacidad de obrar” por sus representantes legales, con la diferencia de los padres de los hijos menores en los que ellos ejercen la patria potestad, se aplicará el art. 164 C.c., lo que demuestra que existirán unas limitaciones respecto a los padres, mientras el administrador gozará como señala el art. 5. 7º de la L.P.P.D.: “tendrá la condición de representante legal de éste para

⁵⁵⁸LUCINI NICÁS, J. A., *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*. Op. Cit., p. 1628, manifiesta al respecto: “los artículos 272 y 272 C.c., plantean problemas de interpretación sobre el alcance de las facultades del tutor, que se trasladan ahora al patrimonio protegido; por tanto, lo deseable será, dado que la ley lo permite, establecer un conjunto de normas lo más claro posible, evitando la remisión a las normas de la tutela”.

⁵⁵⁹A efectos de las C.C.A.A. y Ley Foral, el autor TORRES MATEO, M., *Código de familia*. Op. Cit., p. 1752, Ley 9/1998, de 15 de julio. Código de Familia (BOE núm. 198/1998, de 19 de agosto y DOGC núm. 2687/1998, de 23 julio [LCAT 1998,, 4221) art. 212.1. Autorización previa. Modificado por Ley 25/2010, de 29 de julio- LCAT\2010\534 (B.O.E. núm. 203/2010, de 21 de agosto, pág. 73429 y DOGC núm. 5686/2010 de 21 de agosto, pág. 61162, art. 222. 43.1º. Actos que requieren autorización judicial.

⁵⁶⁰PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., pps. 88- 96.

todos los actos de administración de los bienes y derechos”. Por lo que, se desprende del precepto legal que no tendrán limitaciones, como los padres a efectos patrimoniales.

Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO⁵⁶¹ expone en los actos de enajenación que no necesitará el administrador de autorización judicial:

“1.º Que se trate del administrador nombrado por el propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente como constituyente de su propio P.P., y que en las reglas de administración no haya incluido la necesidad de autorización judicial (art.5.1 de la L.P.P.D.).

2.º Que el administrador lo sea de un P.P., cuyo beneficiario y titular sea un discapacitado, con capacidad de obrar suficiente (art. 5.2, párr., 2º de la L.P.P.D.).

3.º Que el Juez haya concedido “la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos”, la autora entiende sólo en la excepción genérica, ya que la excepción concreta puede obtener con la autorización.

La autora añade un cuarto punto: “que sea administrador el padre o la madre del discapacitado o los dos conjuntamente, que estén en ejercicio de su patria potestad. Este supuesto será diferente a los demás, pues requiere la autorización judicial para los actos que están comprendidos en el art. 166 C.c., y, subsidiariamente cuando son incapacitados y la patria potestad ha sido prorrogada o rehabilitada (art. 171 C.c.)”. Respecto al apartado 3º

⁵⁶¹ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 1013- 1014.

que menciona la autora, en cuanto a la “excepción de genérica”, puede atenderse a todos los elementos integrantes del P.P., mientras si son excepciones concretas serían elementos determinados en el P.P., para nosotros es más factible las excepciones genéricas⁵⁶², siempre atendiendo al beneficio de la persona con discapacidad, pues no dejamos de considerar la aplicación de las excepciones concretas, en cada caso requerirá una actuación, como por ejemplo la buena actuación de administrador en el P.P.

Por otra parte, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁶³ sostiene: “La intervención judicial en la actuación del tutor en el sistema del C.c., puede ser de dos tipos: anterior a la realización del acto- régimen de autorización. Como se recoge en el art. 271 C.c., por el contrario, posterior a su realización en - régimen de aprobación- art. 272 C.c.- referido a la partición de herencia y división de la cosa común-. Tratándose de actos realizados por el administrador del P.P., no cabe ninguna duda de que si se trata de actos comprendidos en el art. 271 C.c., rige el sistema de autorización o intervención previa judicial, pero el autor se cuestiona el art. 272 C.c., y añade, parece que igualmente en este caso rige el sistema de autorización judicial, pues la Ley 41/2003 no se remite al régimen de aprobación posterior sino que tan sólo al caso contemplado en dicho precepto para exigir “autorización judicial”. Cuestionándose el autor, sí es un desconocimiento por parte del legislador, o un intento de modificar el sistema del art. 272 C.c., en este caso atiende a modificar el sistema del art. 272 C.c., pues manifiesta si atendemos a la letra del art. 5.2 de la Ley

⁵⁶² Como señala el art. 5.3º de la L.P.P.D.: “La composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier circunstancia de análoga naturaleza”.

⁵⁶³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p.159.

41/2003, sin que la misma suponga alterar ningún sistema como por el contrario sí ocurría con el caso de curador y la posibilidad de constituir P.PS”.

De esta forma, nos preguntamos si los actos sin la autorización judicial, ¿pueden producir la nulidad? Efectivamente la sanción será la nulidad de pleno derecho de acuerdo con el art. 6.3 C.c.

Por otro lado, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁶⁴ aporta: “entendemos que por aplicación analógica igualmente juega en ese ámbito, como mecanismo protector del discapacitado, la norma del art. 1291.1 C.c., de modo que serán rescindibles los contratos y actos realizados por el administrador del P.P., que no necesitando autorización judicial y, por tanto, celebrándose sin la misma, produzcan una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieran sido objeto de aquéllos”. Por tanto, entendemos que implica una protección para las personas con discapacidad, en la celebración de los contratos por parte de sus tutores, sin autorización judicial.

Por otra parte, ¿qué ocurrirá si las normas establecidas en el título de constitución son insuficientes para la correcta administración del P.P.? Al respecto, el autor LUCINI NICÁS⁵⁶⁵ estima: “censurable que la L.P.P.D., no tenga alguna prevención para el caso de que las normas establecidas sean insuficientes o ambiguas, sometiendo esta eventualidad a alguna cautela o regulación de mínimos, si bien podría resolverse a la remisión de

⁵⁶⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p.159.

⁵⁶⁵ LUCINI NICÁS, J. A., *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*. Op. Cit., p. 1627.

las normas de la tutela, pudiendo darse contiendas judiciales”. Para el autor LÓPEZ-GALIACHO⁵⁶⁶ sostiene: “si la administración se hubiera encomendado a los padres del beneficiario que ejerzan la patria potestad, por tratarse de un menor de edad no emancipado o siendo un mayor de edad por haberse prorrogado la misma, el ejercicio del cargo de administrador estará sujeto a la normativa propia de ésta (arts. 154 y ss. C.c.), mientras que si el tutor, curador o el guardador de hecho el que está encargado de la administración, lo estará a las normas de la tutela o de la curatela”. Por lo que, se sustrae que las normas de la tutela son aplicables, pues las reglas de la administración del P.P., en las circunstancias que se pueden encontrar son variadas respecto al beneficiario, tanto si el administrador son los padres (padre o madre), el tutor, el curador o un tercero, pudiéndose haberse hecho referencia en estas figuras a los arts. 166- 171 C.c.

4. LA SUBASTA PÚBLICA SU SUPRESIÓN EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

El art. 5. 2º. 3º párr., de la L.P.P.D., señala: “En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido en el título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de

⁵⁶⁶ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., p. 50.

febrero de 1881”. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁶⁷ aporta: “El ámbito de la no exigencia legal de la subasta pública se centra exclusivamente en los bienes que forma parte de un patrimonio de un discapacitado, por la exigencia del art. 2015 L.E.C., en la enajenación de bienes- que no formen parte de los tutores. No obstante, por los perjuicios que el sistema de la L.E.C., ha venido ocasionando en la práctica a los discapacitados y menores, los tribunales en ocasiones han prescindido, de una manera más o menos discutible de dicha exigencia, en la línea doctrinal hoy señalada⁵⁶⁸, habiendo hoy en día un argumento más para mantener su inaplicación en el art. 5.2 de la Ley 41/2003”. Por tanto, implica la

⁵⁶⁷ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 165.

⁵⁶⁸ Al respecto, cabe señalar la S.A.P. Teruel de 16 abril, núm. 79/2003 (Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco) AC 2003\853, que manifestaba la venta de la pública subasta de los bienes de la persona incapaz en los siguientes términos en su Fundamento de Derecho Segundo: “Hay que partir de que efectivamente, el artículo 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, modificado, derogó el artículo 272 del mismo que exigía la necesidad de enajenar los bienes del incapaz en pública subasta, no reflejó dicha reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual ha seguido manteniendo este requisito. Sin embargo, y aun cuando la doctrina de las Audiencias no es unánime, existen razones bastantes que han llevado a los Tribunales a admitir la posibilidad de la enajenación extrajudicial y que comparte esta Sala: a) la lentitud que supone la exigencia de venta en subasta pública contraría a la supuesta necesidad de obtener liquidez, que es lo que se pretende precisamente con la petición de venta; b) el hecho de que la subasta pública no supone una mayor garantía que la que puede otorgarse mediante la imposición de determinadas condiciones por el Juez, bajo supervisión del Ministerio Fiscal, c) los gastos y molestias que se derivan de la publicación de los edictos y de la propia subasta, y d) incluso la necesidad de garantizar un precio más adecuado a las condiciones de mercado en beneficio de la propia incapaz”. Como manifiesta la S.A.P. Teruel de 16 abril, núm. 79/2003 (Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco) AC 2003\853, afirma en su Fundamento de Derecho Segundo “Sin embargo, y aun cuando la doctrina de las Audiencias no es unánime”, a este sentido, cabe señalar la S.A.P. Cantabria 13 de noviembre, núm. 650/2007 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Carlos Fernández Díez) AC 2008\277, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “A la misma conclusión sobre la innecesariedad de la subasta pública llegan otras resoluciones como los autos de la A.P. de León de 24 de mayo de 1995, Soria 28 de marzo de 2000, Córdoba 18 de febrero de 2002, Granada 17 de junio de 2002 (AC 2002, 1257) o Teruel 16 de abril de 2003 (AC 2003, 853)”.

enajenación de algunos bienes para las necesidades vitales de la persona discapacitada, como aporta el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁶⁹: “encuentra la aplicación analógica en las distintas sentencias, S.A.P. Cáceres de 12 marzo, núm. 28/2004 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano) JUR 2004\97010, expone en su Fundamento Jurídico Segundo: “No obstante, esta Sala entiende que el indicado precepto no debe aplicarse de forma automática en la medida en que resulta imprescindible ponderar- como finalidad última que preside la institución tutelar- el beneficio e interés del tutelado, siempre bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (artículo 216 del Código Civil), de la manera que, efectivamente, puede ser más beneficioso para el tutelado el que la venta de sus bienes se realice de forma directa, máxime cuando la venta en pública subasta no la contempla expresamente el Código Civil (sólo exige la autorización judicial ex artículo 271. 2ª del referido Texto Legal), y sí, en cambio, el que el juez pueda establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra forma posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado, así como en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración (artículo 233 del Código Civil), lo que permitiría la oportuna supervisión judicial con el fin de que- en este caso- la venta se realice con todas las garantías para el tutelado. De esta manera, entiende la Sala que la prescripción comprensiva de la innecesariedad de la pública subasta, así como de la no aplicación del Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, viene referida exclusivamente a la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, sin que por tanto, suponga ni la

⁵⁶⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 165.

derogación tácita del artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, ni que este último precepto no pudiera aplicarse a las enajenaciones de menores o incapacitados. Sin embargo, y, atendiendo a los razonamientos que anteriormente se explicitaron, si se considera que el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esta finalidad, es susceptible de aplicación analógica en la medida en que, con el máximo rigor, en poco o en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquellas es beneficioso el que se prescinda de la pública subastas de enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 223 del Código Civil, y añada, el autor sobre la S.A.P. Cádiz 21 de marzo, núm. 11/2005 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel de la Hera Oca) JUR\2005\144287: “en un expediente sobre venta de bienes en el que se discutía sobre la aplicación del art. 2015 LEC a un caso de enajenación por una tutora de una cuota de un inmueble norma titularidad de su pupilo menor de edad, llega a decidir que la norma que nos ocupa del art. 5 de la Ley 41/2003 “ es de aplicación directa a las ventas de incapacitados sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de este”. Habla de aplicación directa, no de aplicación analógica, pues señala no cabe que juegue este método de determinación del Derecho aplicable cuando exista una norma que contiene una regulación específica- cuando la laguna legal -, como es el caso con el art. 2015 LEC. Habla de aplicación directa pues por otro caso

se estaría discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la tutela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado regulado en la Ley 41/2003 expresándose en el Fundamento de Derecho Primero⁵⁷⁰”.

Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁷¹ aporta: “No obstante, por los perjuicios que el sistema de la L.E.C., ha venido ocasionando en la práctica a los discapacitados y menores”. Por lo que, realmente es cierto como afirma el autor, ya que en la S.A.P. Teruel de 16 abril, núm. 79/2003 (Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco) AC 2003\853, en su Fundamento de Derecho Segundo señala: “manifestaba las causas de la venta pública extrajudicial de los bienes inmuebles de las personas incapacitadas judicialmente, lo que implicaba, la lentitud en la venta y un elemento primordial, la falta de condiciones del Juez y la supervisión del Ministerio Fiscal, los gastos de la pública subasta y con la falta de existencia de las condiciones del Juez”.

Por tanto, parece que el P.P., que estamos estudiando puede ser en cierta medida una supresión de los bienes, por ser un patrimonio separado, o protegido del patrimonio principal, cuya finalidad como señala la

⁵⁷⁰ Al respecto, debemos añadir sobre S.A.P. Cádiz 21 de marzo, núm. 11/2005 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel de la Hera Oca) JUR 2005\144287, que en el mismo Fundamento de Derecho Primero, señala: “sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquellas es beneficioso el que prescinda de la pública subastas en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado con conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil”.

⁵⁷¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 165.

L.P.P.D., es la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, por el contrario ante la necesidad de estas satisfacciones, sería contraproducente, como señala la S.A.P. Cantabria 13 de noviembre, núm. 650/2007 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Carlos Fernández Díez) AC 2008\277, en su Fundamento de Derecho Primero: “puesto que, en suma, en el caso contrario estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados”, ante la necesidad de la venta para la obtención de liquidez de los bienes, para la persona con discapacidad. En este sentido, las necesidades que una persona discapacitada que haya constituido un P.P.,⁵⁷² sus representantes legales⁵⁷³ o “cualquier persona con interés legítimo⁵⁷⁴”, como señala la L.P.P.D., puesto que es muy diferente del patrimonio principal, pues éste no contempla las necesidades de la persona discapacitada, lo que implicaría la necesidad de una reforma de la L.P.P.D., para que fuera más beneficiosa en caso de necesidad para las personas con discapacidad.

5. LA FUNCIÓN DEL ADMINISTRADOR EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

La figura del administrador, su finalidad fundamental es la buena eficacia de su administración para la consecución de lo que dispone el art.

⁵⁷² Art. 3. 1º a) de la L.P.P.D., señala: “La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar”

⁵⁷³ Art. 3. 1º b) de la L.P.P.D., señala: “Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente” y el art. 3.1 c) de la L.P.P.D., señala: “El guardador de hecho de una persona con discapacidad”.

⁵⁷⁴ Art. 3.2º.1º párr., de la L.P.P.D.

5.2º.4º párr., de la L.P.P.D.: “la finalidad propia de los patrimonios protegidos de la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”. Por tanto, implica que el administrador tendrá que atender a las necesidades que surjan en cualquier momento sobre la persona discapacitada. No obstante, lo que dispone la L.P.P.D., es la necesidad de una buena gestión del administrador y una supervisión en el P.P, para que la persona con discapacidad, no sufra consecuencias por esta gestión del administrador, como estudiaremos.

5.1. La gestión del patrimonio protegido por el administrador

Como la palabra indica “gestión” serán los actos que realice el administrador en el P.P., siempre como indica la autora PEREÑA VICENTE⁵⁷⁵: “estas actuaciones del administrador serán las que la escritura o sentencia de constitución le hubiere atribuido, sin más limitaciones que las que derivan de la necesidad de autorización judicial, siempre que el constituyente no sea el propio discapacitado”. Por lo que, estos actos realizados por el administrador serían actos de disposición o incluso actos para la administración del propio patrimonio, como se desprende (E.M. IV) de la L.P.P.D., al señalar: “el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición”, y siguiendo adicionalmente la autora SÁNCHEZ-

⁵⁷⁵ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 93.

CALERO⁵⁷⁶ entiende: “de este, modo el administrador podrá realizar, respecto de los bienes y derechos integrantes del P.P., tantos actos de administración como actos de disposición”. Por tanto, la autora entiende que el administrador podrá ejercer los actos en sentido amplio, en la conservación del patrimonio, como en el tráfico jurídico de bienes para las necesidades de la persona discapacitada. Por otra parte, el art. 5.2º.4º párr., de la L.P.P.D., dispone: “no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria”, y siguiendo adicionalmente cabe citar la S.A.P. Valencia de 2 noviembre, núm. 743/2002 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca) JUR 2003\30177, que trata de distinguir estos actos, en su Fundamento de Derecho Primero, al señalar: “La distinción entre los actos de disposición-los tendentes a enajenar la cosa o constituir sobre ella derechos reales o gravámenes- y actos de administración- los que tienen a la conservación, goce y uso de la cosa- que dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica, no es tanto, hasta que el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional que son aquellos que, por la trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa, impiden o dificultan su realización y exigen tanto para ser llevados a cabo válidamente no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los de administración simple u ordinaria sino los que se exigen para los actos de disposición”. Por tanto, entendemos que el arrendamiento también es un acto de disposición.

⁵⁷⁶SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 162.

Por lo que, el acto que ejerce el administrador contiene tres elementos: la administración, conservación y disposición⁵⁷⁷, como hemos citado los elementos que se integran en el concepto de gestión de patrimonio tenemos que tener presente la conservación, pues es un elemento fundamental para que el administrador pueda ejercer los actos de disposición⁵⁷⁸. Al respecto, el autor AGUILERA⁵⁷⁹ define el acto de conservación como: “acto debido, que no deja libertad de elección, y se encamina a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia, y añade, el acto es debido porque la Ley, o el sistema legal, obliga a realizarlo”, en este caso, debemos mencionar el art. 5.2º.4º párr., de la L.P.P.D., que señala: “la finalidad propia de los patrimonios protegidos para la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados. Así como sus frutos, productos y rendimientos”. Por lo que, el administrador, tiene la facultad de realizar los actos necesarios para satisfacer las necesidades vitales de la persona discapacitada.

⁵⁷⁷ Al respecto, el autor CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1143, señala los tres elementos que integran el acto del administrador: “los actos de gestión ordinaria de los bienes y derechos (entendiéndose la administración y conservación de P.P.), sino también actos de disposición”.

⁵⁷⁸ En este sentido, el autor AGUILERA DE LA CIERVA, T., (1993). *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Madrid: Montecorvo, pps. 152- 157, manifiesta: “Al realizar un acto de disposición no se trata de disponer en general, sino de cumplir un acto en concreto; por consiguiente, el sujeto ha de tener capacidad general para disponer, pues de otro modo su acto dispositivo sería ineficaz, como consecuencia lógica de ser titular”, en este caso, sería el administrador quien posee el derecho de disponer.

⁵⁷⁹ AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Op. Cit., pps. 172- 173.

Por otra parte, el administrador realizará una serie de actos como aporta el autor AGUILERA⁵⁸⁰: “en el acto dispositivo tendría que ser sobre un derecho concreto. Y el sujeto se hallaría afectado de continua mutación, sino como consecuencia de variabilidad en el número de sus derechos”. Por lo que, aplicado a la L.P.P.D., el administrador podrá realizar una serie de actos con o sin autorización judicial, aunque hay actos que requieren la autorización judicial. Por tanto, implica que el administrador actuará a efectos de conservar el P.P.

Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE⁵⁸¹ aporta: “el P.P., está destinado a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular, y añade, el conjunto de elementos en el concepto de gestión de un patrimonio, que incluye, además de la administración, la conservación y, en ciertos casos la disposición, lo que implica su realización, manifestando incluso, dando un paso más, ciertos actos de disposición, son necesarios para lograr la finalidad de conservar, con la conclusión que todos los actos de disposición que se lleven a cabo en el contexto estarán autorizados”.

Por otra parte, ante la mala gestión del administrador que perjudique al P.P., tendría que tener conocimiento el Ministerio Fiscal, con la previa comunicación al Juez, y la sustitución del administrador, como señala el art. 7.1º de la L.P.P.D.⁵⁸².

⁵⁸⁰ AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Op. Cit., pps. 152- 153.

⁵⁸¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 95

⁵⁸² Art. 7.1º de la L.P.P.D., señala: “ la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quién instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador”

Por último cabe mencionar, sobre las retribuciones del administrador del P.P., la L.P.P.D., no menciona nada al respecto, en cuanto a la administración voluntaria del P.P., pues puede que el administrador hubiese pactado con la persona con discapacidad, aplicándose el art. 274 C.c. Ante esta situación el discapacitado si cumple con lo pactado, no tendrá que acudir el administrador al Ministerio Fiscal, y a su vez mediante previo conocimiento al Juez, de lo contrario tendrá que resarcir mediante el mecanismo Judicial al administrador, siempre éste podría destituir al administrador, si el P.P., peligrará en su función de protección de la satisfacción de las necesidades vitales.

Por otra parte, pensamos que el cargo de administrador es “voluntario”, como indica el art. 5.2º.4º párr., de la L.P.P.D.: “la finalidad propia de los patrimonios protegidos para la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”.

5.2. Las obligaciones del administrador

Como muy bien manifiesta el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁸³: “El administrador es el representante legal del discapacitado, como el tutor”, lo que implica que el administrador es una figura similar al de tutor, y, tendrá la facultad de administrar como indica el art. 5.2º. 4º párr., de la L.P.P.D.: “la finalidad propia de los patrimonios protegidos para la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como sus frutos, productos y

⁵⁸³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 161.

rendimientos”. Estas obligaciones se centran fundamentalmente, en la actuación del administrador como un buen padre de familia, elemento similar a la figura jurídica del tutor, y, la realización del inventario de los bienes y derechos que existen en el P.P.

5.3. La actuación del administrador del patrimonio protegido como un buen padre de familia

Como muy bien señala el autor SEDA HERMOSÍN⁵⁸⁴: “es un elemento fundamental, administrar el patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia, respetando escrupulosamente las reglas de administración establecidas en el título constitutivo y en la Ley”. Por lo que, debemos hacer mención “al buen padre de familia”, cuya regulación esta en art. 270 C.c., también de aplicación al tutor, diferenciando a los padres que tienen en patria potestad a los hijos como señala el art. 164.1º C.c., pero tenemos que decir que poco se diferencia pues el art. 164 C.c., nos deja entrever, que los padres actuarán de la misma forma que los tutores, excepto que en el art. 164.1º C.c., no administrarán los bienes de la persona sometida a la patria potestad.

Por otra parte, la diligencia del administrador también está condicionada a respetar escrupulosamente las reglas de administración establecidas en el título constitutivo, y en la Ley lo que diferencia al tutor

⁵⁸⁴ SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 146.

del administrador del P.P., puesto que es un patrimonio separado, distinto del patrimonio principal.

5.4. El cumplimiento por el administrador la rendición de cuentas y la comunicación

El art. 7.2º de la L.P.P.D., señala: “Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente”, y siguiendo adicionalmente la autora PEREÑA VICENTE⁵⁸⁵ entiende: “además del control que deriva de las exigencias de la Ley en la constitución del patrimonio, se establecen mecanismos de fiscalización o control por Ley”. Por tanto, lo que se sustrae de la autora es que en la constitución del P.P., el constituyente, podrá mediante este documento público realizar las diversas obligaciones que estime convenientes al administrador, como la rendición de cuentas⁵⁸⁶ en los mecanismos de

⁵⁸⁵ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 103.

⁵⁸⁶ Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 104, aclara el sistema de rendición de cuentas: “deberá realizarse ante el Ministerio Fiscal, y añade, aunque esté exento de esta obligación el administrador que sea el propio beneficiario o sus padres” En este caso, es el beneficiario con capacidad de obrar, quien es el administrador del P.P., y sus padres pudiendo ser los administradores, en este último caso la persona discapacitada no tendrá suficiente capacidad de obrar o puede ser un menor no emancipado, aunque añade la autora: “Esta exención de los padres de la obligación de rendir cuentas no impide la aplicación de los artículos 167 y 168 C.c., que permiten al Juez a petición del Ministerio Fiscal,

fiscalización, y la presentación del inventario de los bienes y derechos integrantes del P.P.

Por otra parte, como manifiesta la autora este elemento de “control que deriva de la Ley en la constitución del patrimonio”, implica que el administrador debe atender a lo que consta en el documento público, respetándolo mediante los actos que realice en el P.P., y debiendo actuar siempre en beneficio de la persona discapacitada. Por otro lado, puede darse la causa que el P.P., con el tiempo hubiera cambiado, ya que no es inalterable, en este caso debería comunicarlo al órgano supervisor, procediendo a la modificación de las reglas que en su día se constituyeron, o, tendría que actuar fuera de las reglas que en su día se constituyó el P.P., pues esto sin comunicación previa podría dar causa de remoción al administrador.

del hijo o de cualquier pariente del menor, adoptar las providencias que estime necesarias cuando sea un peligro para el P.P., del hijo y se concede a éste la facultado, cuando termine al patria potestad, de exigir a los padres la rendición de cuentas de su administración”, como habíamos comentado anteriormente que en esta situación, el legislador tendría que haber observado en esta rendición de cuentas si la persona tiene “no suficiente capacidad de obrar”, y no esperar a último término. En otro sentido manifiesta la autora: “la rendición de cuentas deberá realizarse anualmente o siempre que lo solicite el Ministerio Fiscal”. Este último término “siempre que lo solicite el Ministerio Fiscal”, podría enmendar lo anteriormente expresado, pero para nosotros existe, todavía poca protección en este caso, pues como cita la autora: “del hijo o de cualquier pariente del menor, adoptar las providencias que estime necesarias”. De la misma forma, se expresa el autor LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., 57, al señalar: “aunque los padres se les exime esta obligación de rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal no que dan relevados del mandato del artículo 168 C.c., acerca de la obligación de, que acabada la patria potestad o la patria prorrogada, rendir cuentas a solicitud del hijo de la administración que han hecho de sus bienes, entre los que figura, especialmente, su P.P.”.

Por otra parte, sobre el inventario de los bienes y derechos del P.P., la autora PEREÑA VICENTE⁵⁸⁷ señala: “dicho inventario, del que no se exige ninguna forma especial, será importante para garantizar la integridad del patrimonio, y, sobre todo servirá de guía para la rendición de cuentas que debe realizar el administrador”, por lo que la autora lo constata, al señalar “de los bienes y derechos que se aportan”, pero nosotros creemos que se tendría que introducirse también las deudas que surgen de la administración del patrimonio.

Por otro lado, cuando la autora señala que el inventario “será importante para garantizar la integridad del patrimonio”, sería la gestión que realiza el administrador, regulando de esta forma la mala gestión del administrador, dando lugar en este caso a su remoción.

En otro orden de cosas, la autora manifiesta “establecen mecanismos de fiscalización o control por Ley”, lo que nos sustrae a la idea que el administrador tendrá que presentar al órgano supervisor el inventario, aunque la L.P.P.D, no especifica en qué plazo se tendrá que remitir. Por último, entendemos que el administrador debe comunicar todos sus actos que realice en el P.P., pues la L.P.P.D., no se pronuncia al respecto, como habíamos estudiado anteriormente puesto que pueden existir varios administradores y entre ellos puede que exista una descoordinación, en perjuicio de la persona con discapacidad.

⁵⁸⁷PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 103.

5.5. La responsabilidad que conlleva el cargo de administrador en el patrimonio protegido

Como había manifestado el autor SEDA HERMOSÍN⁵⁸⁸: “es un elemento fundamental, administrar el patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia”, ante esta situación puede que el administrador, no actué como “un buen padre de familia”, dando lugar a la aplicación del art. 1902 C.c., puesto que causa un perjuicio al discapacitado, dando lugar a su remoción por la mala gestión, por el contrario si el administrador resulta perjudicado en su función se aplicará el art. 220 C.c., como habíamos comentado tenemos que atenemos al C.c., en sus artículos destinados a la figura del tutor, ya que habría sido más consecuente que la L.P.P.D., hubiera regulado estos supuestos.

Por lo que, como aporta el autor SEDA HERMOSIN⁵⁸⁹: “el administrador debe actuar como un buen padre de familia”. Al respecto, se pronuncia sobre las causas para ser un buen padre de familia la autora PALOMINO⁵⁹⁰ que entiende: “en cualquier caso, es claro que la diligencia de un buen padre de familia es un concepto indeterminado; un criterio abstracto establecido con independencia de la obligación que se trate que, pese a su carácter objetivo, debe aplicarse, y concretamente en virtud de las

⁵⁸⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 146.

⁵⁸⁹ SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 146.

⁵⁹⁰ PALOMINO DÍEZ, I., (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 405.

características del supuesto particular y por las circunstancias reseñadas en el párrafo primero del artículo 1.104 C.c., para la apreciación de la culpa o negligencia del tutor, habrán de tenerse en cuenta tanto la naturaleza de la obligación como las circunstancias de la persona en tiempo y de lugar, que deberán ser valoradas por el Juez para dilucidar la diligencia exigible de un buen padre de familia, y añade, la diligencia de un buen padre de familia tendrá que valorarse de conformidad con un criterio objetivo, considerando como tal la diligencia media de las personas normales en los tipos de asuntos de que se trate, con las características siguientes: el cuidado, la atención en hacer una cosa, en un grado medio objetivamente aceptable”, como manifiesta la autora existen varios criterios a seguir para la conseguir ser un buen padre de familia. Por otro lado, la autora GOMEZ LAPLAZA⁵⁹¹ aporta: “para la apreciación de esta diligencia, en virtud de lo establecido en el artículo 1.104 C.c., habrán de tenerse en cuenta la naturaleza de esta obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y añade, precisamente por esta, y también por lo establecido en materia de mandato por el artículo 1.726 C.c., se puede plantear el tema de si esa responsabilidad podrá agravarse, en el cargo de tutor sea retribuido, tal y como prevé el artículo 274 C.c.”. Por tanto, implica que en la figura del administrador existen algunas lagunas en la L.P.P.D., que el legislador tendría que haber pensado en incluirlas y así no tendríamos que recurrir a la figura del tutor para regular ciertas circunstancias que atañen al administrador del P.P.

⁵⁹¹ GOMEZ LAPLAZA, C., (Coords. Amoros Guardiola, M., Bercovitz Rodriguez- Cano, R.,) (1986). “Del ejercicio de la tutela, comentario al art. 270”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos, p. 536.

6. LA SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El art. 7 de la L.P.P.D., determina, la forma de la supervisión del P.P.:

“1. La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del Juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de las medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y

Deporte⁵⁹², y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”.

Al respecto, la autora SÁNCHEZ-CALERO⁵⁹³ aporta: “como puede observarse, la Ley atribuye al Ministerio Fiscal importantes funciones de control en la administración del patrimonio protegido, y, para favorecer el desarrollo de las mismas, crea como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del citado Ministerio, la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”

Por otra parte, la (E. M. V) de la L.P.P.D., expresa: “El primer aspecto que destaca de esta supervisión es que el constituyente puede establecer las reglas de supervisión fiscalización de la administración que considere oportunas”, dándonos a conocer que el constituyente (el discapacitado con suficiente capacidad de obrar, como el constituyente del P.P.) tiene el libre albedrío, para tomar las medidas pertinentes, para la protección del P.P., y de sus presuntos acreedores, pues es un elemento de fiscalización.

En otro aspecto, señala la (E. M.V) de la L.P.P.D.: “En segundo lugar, la supervisión institucional del patrimonio protegido corresponde al

⁵⁹² En la actualidad se denomina Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, en este Ministerio está adscrito la Política social y Consumo, quien conoce sobre la discapacidad.

⁵⁹³ SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 208-209.

Ministerio Fiscal, respecto del cual se prevén dos tipos de actuaciones, a saber:

a) La supervisión permanente y general de la administración de patrimonio protegido, a través de la información periódica, el administrador debe remitir.

b) Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. A estos efectos, el Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido aunque no sean instadas por él”, lo que nos da a entender que existen dos tipos de supervisión: una permanente y general, y, una esporádica y concreta, la primera a través del administrador y la segunda es “en un momento determinado que lo hicieran”, cuando las actuaciones del administrador, no fueran determinantes para la supervisión del P.P.

Como hemos visto la (E. M. V) de la L.P.P.D., distingue dos tipos de supervisión: la voluntaria que sería la del constituyente, y la llamada supervisión institucional.

6.1. La supervisión voluntaria

Como manifiestan los autores entre ellos cabe citar al autor LEÑA FERNANDEZ⁵⁹⁴ que aporta: “la voluntaria, que es la que el constituyente puede haber establecido en las reglas de administración y que habrá encomendado a la persona o al órgano de fiscalización que hay configurado, siendo su contenido el que figure en esas reglas”, lo que implica su constitución, por el propio constituyente en el documento público, con la creación de sus propias reglas. Por tanto, la supervisión voluntaria, es la persona que constituye el P.P., quien establecerá la fiscalización de la actuación del administrador, como muy bien aporta el autor SEDA HERMOSÍN⁵⁹⁵: “siempre en interés del beneficiario”⁵⁹⁶, pudiendo no ser el mismo beneficiario del P.P., pues siempre puede ser más flexible en la forma de administración como indica el autor, “incluso

⁵⁹⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 99. SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 150.: “El constituyente del Patrimonio puede, en su título constitutivo, prever las reglas de funcionamiento, nombrar a la persona o personas que hayan de integrarlo”.

⁵⁹⁵ SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 150.

⁵⁹⁶ Al respecto, la autora SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 211, sostiene: “La supervisión de la administración del patrimonio protegido supone, sin lugar a dudas, una medida de protección de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, afirma que “el mecanismo de supervisión trazado es imperfecto, por cuanto que a falta de constitución judicial, la simple constancia registral del nombramiento de administradores no beneficiarios no será bastante para el Ministerio Fiscal tome noticia, recabe la rendición de cuentas y lleve a cabo los cambios precisos que vemos en el art. 7.1 de la Ley”. Por lo que, extraemos de la autora que es una mayor fiscalización rígida para la protección de la persona discapacitada beneficiaria.

puede prever la participación del propio discapacitado en tal órgano, como medida de control y, al propio tiempo, de integración del beneficiario mediante la atención de los asuntos que le competen”. Al respecto, opinamos que la persona, nombrada para estos efectos tiene “suficiente capacidad de obrar”, aunque el constituyente sea una tercera persona⁵⁹⁷, también puede darse la segunda opción que el constituyente sea una tercera persona y la persona con discapacidad no tenga “suficiente capacidad de obrar”, la única figura jurídica que instará a la fiscalización será el Ministerio Fiscal, o, “a solicitud de cualquier persona”, la L.P.P.D., no especifica si la persona tiene que tener “interés legítimo”, o puede ser cualquier persona. En este sentido, pensamos que en este último caso, puede ser una persona que no tenga “suficiente capacidad de obrar”, pues si tiene capacidad de obrar la persona con discapacidad puede instar al Ministerio Fiscal.

Por otra parte, el constituyente puede nombrar en el documento de constitución del P.P., a varios administradores, pudiendo recaer la fiscalización en una sola persona. En este sentido, cabe pensar en un patrimonio que tenga muchos bienes o derechos, o, el nombramiento de una persona jurídica, estableciéndose en el documento constitutivo si la forma de actuación será mancomunada, o, solidaria.

⁵⁹⁷ En este sentido, la autora SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B., “La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”.Op. Cit., p. 212, aporta: “Además en el caso de que el discapacitado tenga suficiente capacidad de obrar suficiente y la administración corresponda a un tercero, surge la duda de si debe o no tenerse en cuenta la opinión de aquél en relación con la actuación de éste, a no ser por la vigilancia de los beneficios fiscales, debería regir el máximo respeto a la autonomía de la voluntad”. En este sentido, la autora apela a la actuación de la persona discapacitada, ante el nombramiento de un tercero, estando esto aclarado para nosotros cuando el constituyente es la propia persona con discapacidad, pues será quien configure las reglas de la administración del P.P.

Por otro lado, las funciones que realiza la persona o el órgano supervisor como aporta el autor SEDA HERMOSÍN⁵⁹⁸ es: “establecer su régimen de actuación, las causas de remoción, los supuestos de sustitución por vacantes, y cuantas disposiciones tenga conveniente”. En este sentido, debe de estar constatado en el documento de constitución del P.P., para poder ejercer esta finalidad, como la protección del P.P., en interés de la persona con discapacidad, sin perjudicar a terceras personas.

6.2. La supervisión institucional

Al respecto, el autor SEDA HERMOSÍN⁵⁹⁹ entiende: “El Ministerio Fiscal. A él corresponde prima facie la supervisión de la administración del P.P.,⁶⁰⁰”, como manifiesta el autor y la misma L.P.P.D., en su art. 7.1^{o601}, la supervisión del P.P., la garantiza el Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, el Ministerio Fiscal, como señala el art. 7.1^o de la L.P.P.D.: “corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que

⁵⁹⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 150.

⁵⁹⁹ SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 151.

⁶⁰⁰ En este sentido, el autor GANZENMÜLLER ROIG, C., (Dir. De Lorenzo, R., y Cayo Pérez Bueno, L.) (2007). “Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 759, aporta: “El deber de protección a las personas con discapacidad por parte del M^o Fiscal parte de dos claras vertientes: De un lado, la C.E., recoge en su art. 49 y de otro, el art. 124 de la C.E. La intervención del Fiscal en el orden jurisdiccional civil es una necesidad, por la propia delimitación constitucional de sus funciones”.

⁶⁰¹ Art. 7.1^o de la L.P.P.D., señala: “La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal”.

proceda en beneficio de la persona con discapacidad”. En este sentido, teniendo en cuenta que estas medidas de supervisión no las toma el Ministerio Fiscal, sino que deberá instarlas del Juez, solicitando a éste las medidas que considere oportunas⁶⁰².

Por tanto, como hemos estudiado, el Ministerio Fiscal tiene una gran actuación en el P.P., lo que implica que es necesario que tenga suficiente información en las actuaciones realizadas en el P.P. Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO⁶⁰³ entiende que: “son tan numerosas las medidas que el Ministerio Fiscal puede tomar en atención al interés del beneficiario del P.P., que sólo cabe instar que toda la labor se realizará bajo los principios de actuación en interés de la persona con discapacidad”.

Por tanto, como habíamos mencionado anteriormente sobre la persona con discapacidad, y la persona con discapacidad incapacitada judicial, intervendrá el Ministerio Fiscal. Por una parte, implica tener una mayor dotación de presupuesto económico, tanto para los fiscales, como para los jueces, pues esto implicaría más agilidad en todos los aspectos, tanto en la acreditación de la discapacidad, como en la incapacitación de la persona discapacitada, tanto en el P.P., como en otros ámbitos legislados

⁶⁰² El art. 7. 1º de la L.P.P.D., señala las medidas que podrá solicitar: “la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de las medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza”, y siguiendo adicionalmente el autor SEDA HERMOSÍN, M. A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”. Op. Cit., p. 151.: “Incluye la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste del juez, en su caso la adopción de medidas sobre remoción del administrador, cambio de reglas de administración, establecimiento de medidas excepcionales de fiscalización, la adopción de cautelas, e incluso la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza”.

⁶⁰³ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1023.

donde influye el Ministerio Fiscal, tanto en los conceptos de discapacidad e incapacitación, mediante la unificación de unos mismos Juzgados, para agilizar sus necesidades, y que la persona con discapacidad y su la familia, no sufra las consecuencias, como indica el autor BOLÁS⁶⁰⁴: “Tal como indicó el informe de la Fiscalía, el éxito del sistema de la ley en este punto dependerá en gran parte del aumento de la dotación presupuestaria ya que el sistema de la ley legal hace caer todo el peso de la supervisión en los fiscales cuyos medios y número será preciso aumentar”.

Al respecto, el Ministerio Fiscal, realizará un control anual y otro en el que puede solicitar información de carácter complementario⁶⁰⁵. De esta forma, lo señala el art. 7.2º de la L.P.P.D.: “Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente”. Por lo que, entendemos que el administrador tendrá que dar cuentas al Ministerio Fiscal de los bienes y derechos, que existen en el P.P., siempre en su situación actual, ya que de otra forma perjudicaría la propia persona con discapacidad⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ BOLÁS, J., “Comentarios a la exposición de motivos”. Op. Cit., p. 974.

⁶⁰⁵ Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1023, entiende: “Así la función de vigilancia del administrador por parte del Ministerio Fiscal se realiza a través de la información que el mismo administrador debe proporcionarle, anualmente o en momentos puntuales cuando por la importancia del acto dispositivo se modifique el contenido del patrimonio protegido. En estos casos puede el fiscal solicitar información complementaria”.

⁶⁰⁶ Al respecto, el autor GANZENMÜLLER ROIG, C., “Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico”. Op. Cit., p. 770, aporta: “Segue el legislador el mismo criterio en la actuación del tutor, respecto a las reglas de administración en los bienes de la persona tutelada (art. 269.4 C.c.)”. En este supuesto debemos incluir a sus padres como

En este sentido, el art.7.1º.2º párr., de la L.P.P.D., señala: “El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes”. Por lo que, extraemos de éste párrafo del artículo, que es la función que tiene el Ministerio Fiscal, para que en cualquier momento pueda pedir información al administrador, para conocer de sus actuaciones y gestión en el P.P., y así tomará las medidas pertinentes, como por ejemplo si actuó con mala gestión el administrador, el Ministerio Fiscal dará conocimiento al Juez, para que actúe, nombrando a otro administrador.

Por lo que, la competencia del Ministerio Fiscal como bien señala art. 3.3º c) 2º párr., de la L.P.P.D.: “El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con el estatuto Orgánico”. Por tanto, entendemos que es una puerta abierta, a que el Ministerio Fiscal en las C.C.A.A., donde tenga la residencia la persona con discapacidad pueda actuar de acuerdo con el art. 21. 2º primer párr., del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Ley 50/1981, de 30 de diciembre⁶⁰⁷.

Por otra parte, como aporta la autora ESTRENA PALOMERO⁶⁰⁸: “Al Ministerio Fiscal le compete conocer estos supuestos en los que se hace necesaria la sustitución del administrador o de alguno, varios, o todos los integrantes del órgano de fiscalización para evitar un perjuicio en el patrimonio protegido (v. gr. ausencia, incompetencia o mala gestión)”. Por

administradores, lo que venimos admitiendo, que el legislador tendría que haber incluido en la L.P.P.D., una legislación concreta.

⁶⁰⁷ RCL\1981\60. B.O.E. 13 enero 1982, núm. 11, pág. 708.

⁶⁰⁸ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1022.

lo que, sería interesante que la competencia fuera del Ministerio Fiscal en las C.C.A.A, donde reside la persona con discapacidad.

Por otro lado, como señala el art. 7.3º de la L.P.P.D.: “Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad⁶⁰⁹”. Por lo que, como menciona la norma actuará como órgano externo de apoyo y asesoramiento del Ministerio Fiscal en la función de supervisión⁶¹⁰ de la administración del P.P.

Por otra parte, el art. 1 del R. D. 177/2004, de 30 de diciembre Determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad⁶¹¹ y su modificación R. D. 1853\2009, de 4 de diciembre⁶¹², señala: “en la que

⁶⁰⁹ Este órgano está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, su regulación esta el Real Decreto 177/2004, de 30 de diciembre Determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad RCL 2004\ 308 B.O.E. 6 de febrero 2004, núm, 32, pág. 5059., modificado por Real Decreto 2270\2004, de 3 de diciembre. RCL 2004\2604. B.O.E. 17 de diciembre 2004, núm. 303, pág. 41260.

⁶¹⁰ Al respecto, el autor GANZENMÜLLER ROIG, C., “Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico”. Op. Cit., p. 772, menciona las funciones que ostenta la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad adscritas al art. 2 del Real Decreto 177\2004, de 30 de enero. RCL 2004\308, con la observancia de que el art. 2 en su modificación mediante el Real Decreto 1853\2009, de 4 de diciembre en el art. 2 j) modifica y apartado h) “Ministerio de Sanidad y Política Social”, entre estas funciones la más importantes que señala el autor son: “La Comisión dispondrá de una sección, dentro de la página de Internet del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dedicada a informar a la sociedad sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad y canalización a través del Fiscal que se designe, de todas las peticiones, sugerencias o concretos apoyos que requieran los Fiscales que controlen en sus respectivas Fiscalías, los patrimonios de las personas con discapacidad que se les encomienden”.

⁶¹¹ B.O.E. 6 de febrero 2004, núm., 32, pág. 5059.

⁶¹² B.O.E. 16 diciembre 2009, núm. 302, pág. 106317.

participarán representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad además de Ministerio Fiscal”. Por lo tanto, implica que inicialmente la Ley y la Reforma de la Ley, no nombra las asociaciones de las distintas C.C.A.A., que podrían tener una representación más amplia.

7. LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El art. 6 de la L.P.P.D., determina los motivos de la extinción del P.P.:

“1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley.

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta Ley éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley.

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en caso, al valor de las diferentes aportaciones.”

Como, se refleja en el art. 6 de la L.P.P.D., son los siguientes motivos:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiaria

b) Por dejar de tener su titular y beneficiario la condición de persona con discapacidad de acuerdo con esta Ley, siempre con unión al grado de discapacidad, en este caso, se puede modificar, con la mejora de la persona con discapacidad y pierde la condición de discapacitado.⁶¹³

c) Como elemento especial se prevé que el Juez pueda acordar, a instancia del Ministerio Fiscal, la extinción del P.P., cuando así lo convenga al interés de la persona con discapacidad, lo que implicaría por la decisión del Juez.⁶¹⁴

Por otro lado, aunque no está expuesto, este elemento especial en el art. 6 de la L.P.P.D., como indica la autora PEREÑA VICENTE⁶¹⁵: “la

⁶¹³ Como aporta el autor PÉREZ HUETE, J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41\2003”. Op. Cit., p. 995.: “La propia resolución administrativa que establece el grado de discapacidad debe fijar la fecha en el que puede tener la revisión, sobre si es posible una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento”.

⁶¹⁴ Cabe mencionar que esta causa no se incluye en el art. 6 de la L.P.P.D., solamente se menciona en (E.M. IV) de la L.P.P.D.: “Asimismo, la ley regula la extinción del patrimonio protegido, la cual, dejando al margen el caso especial de que el juez pueda acordar la extinción del mismo cuando así le convenga al interés de la persona con discapacidad”.

⁶¹⁵ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 107.

intervención del Ministerio Fiscal, ya que, en su labor de supervisión, el artículo 7 le autoriza para instar del Juez las medidas que considere oportunas, siempre en beneficio de la persona con discapacidad, y entre estas medidas está, precisamente, instar la extinción del P.P.”. Por lo que, queda claro como inicialmente habíamos expuesto, y como aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁶¹⁶: “pero esta causa no ha sido incluida en la mención contenida en el articulado de la Ley”, por nuestra parte el legislador, habría de haber sido más explícito, en el momento de la redacción de la L.P.P.D., respecto a la actuación judicial.

Otro elemento que no está constatado en la L.P.P.D., es el vaciamiento del P.P. como aporta el autor CUADRADO IGLESIAS⁶¹⁷: “acabamiento de los bienes y derechos que integra la masa patrimonial”. Por tanto, lo que nos intenta decir el autor, que en la masa patrimonial del P.P., no existen bienes y derechos, o, que existen más deudas que bienes y derechos.

Y una última forma de extinción del P.P., podría ser por el constituyente, mediante imposición de cláusulas, con condiciones en el P.P., mediante el art. 1255 C.c., esta última, forma de extinción no se contempla en la L.P.P.D.

⁶¹⁶ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 105.

⁶¹⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1149.

7.1. La muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario

El art. 6.1º de la L.P.P.D., señala: “El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario”, como muy bien expresa el precepto, primero para la extinción del P.P., es la muerte del beneficiario, lo que será una causa automática de la extinción del P.P., ya que no existe el titular beneficiario, con un destino especial. La forma de demostrar la muerte del beneficiario del P.P., será mediante la acreditación del correspondiente certificado de defunción emitido por el R.C.⁶¹⁸

Por otra parte, con la declaración de fallecimiento de la persona discapacitada es automática la extinción del P.P. De esta forma, la declaración de fallecimiento esta prevista en los arts. 193 y 194 C.c. Respecto al momento en que hay que atender al fallecimiento de la persona con discapacidad el C.c., atiende a dos situaciones las que señala el art. 195 C.c., sobre la fecha del fallecimiento, y, el momento que adquiere firmeza el fallecimiento art. 196 C.c.

Por otra parte, el autor LEÑA FERNANDEZ⁶¹⁹ sostiene: “hay que tener en cuenta que, si hubiese mediado previa declaración de ausencia-

⁶¹⁸ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 122, señala: “La acreditación de esta causa no presenta mayor problema porque se realizará mediante el correspondiente certificado de defunción emitido por el R. C.”. En este sentido, cabe señalar el art. 81 de la L. R. C. Ley de 8 de junio 1957- RCL\1957\777. B.O.E. 10 junio 1957, núm. 151, pág. 372.

⁶¹⁹LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 123.

que por supuesto no es causa de extinción del patrimonio protegido- no corresponderá la administración de ese patrimonio al representante del ausente señalado en el art. 184 del C.c., y ello porque seguirá en la administración la persona que venía ejerciéndola a no ser que el juez, vía art. 7-1, estimase lo contrario”, por tanto tenemos que mencionar como señala el autor que el título constitutivo del P.P., donde se menciona que persona, es el administrador quien seguirá ejerciendo su función, a no ser que el Juez, designe otro administrador⁶²⁰.

Por otra parte, el mismo autor se pregunta, “¿y si el administrador del patrimonio fuese el propio beneficiario, persona con discapacidad pero con capacidad de obrar suficiente? Está claro, que en este supuesto, al ser declarado ausente, no podrá seguir siendo administrador y se pregunta con relación al nuevo nombramiento. Declarada la ausencia legal, el MF (Ministerio Fiscal) en uso de sus atribuciones de supervisión se aplicará el art. 7-1 L.P.P.D, puede instar al Juez la sustitución del administrador, señalando salvo este cambio, el régimen del P.P., no tiene por qué verse afectado”.

Por otro lado, la autora PEREÑA VICENTE⁶²¹ plantea otra situación: “¿que ocurrirá si reaparece el declarado fallecido o se prueba su existencia? Ante esta falta de previsión por el legislador, en ausencia de normas que lo impide, y buscando el beneficio del titular, los bienes recobrados seguirían formando parte del P.P., la autora menciona dos obstáculos: el primero lo menciona teórico atendiendo a la literalidad del art. 6 de la L.P.P.D., con la

⁶²⁰ El art. 7.1º de la L.P.P.D., señala: “La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que preceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador”.

⁶²¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., pps. 107- 109.

expresión “se extingue”, lo que será imposible mantenerse la existencia un patrimonio que ya esta extinguido, sin la necesidad, para la extinción del Ministerio Fiscal lo inste al Juez, pronunciándose. Sería necesaria “la resurrección”, además del declarado fallecido del propio P.P.”.

Por otra parte, entendemos que el obstáculo práctico, es la propia dinámica y destino de los bienes integrantes del patrimonio personal del declarado fallecido, y los bienes y derechos integrados en el P.P. En cuanto al patrimonio personal, se aplicaría el art. 196 C.c., y, respecto a los bienes y derechos del P.P., se integrarían en la herencia del declarado fallecido⁶²², pasando a sus herederos.

Por otra parte, la autora aporta: “puede ocurrir que el aportante de los bienes y derechos, haya hecho uso del art. 4.3 Ley.,⁶²³ y haya establecido el destino que tengan que darse a estos bienes o derechos después de declarada la extinción. En tal caso, los bienes o derechos que integran el P.P., no podrán ser recuperados mediante la aplicación del art. 197 C.c., pues obliga a devolver los bienes a los herederos del declarado fallecido, pero no a otras personas a las que hubiera ido a parar los bienes integrantes del P.P. Los herederos del declarado fallecido tampoco tendrían que entregar el valor de los bienes, porque la subrogación real que impone dicho artículo se aplica respecto a los bienes que forman la herencia y, los que tienen un destino especial quedan fuera de la misma”.

⁶²² Se aplicaría el art. 6.2º de la L.P.P.D., que señala: “Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia”.

⁶²³ En este caso debemos hacer referencia al art. 6. 3º de la L.P.P.D., que señala: “Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, se su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley”.

Lo que si queda, aclarado que el patrimonio se extingue por muerte o declaración de fallecimiento, los bienes y derechos del P.P., pasaran directamente transmitiéndose a sus herederos, junto con los otros bienes del beneficiario.

7.2. La pérdida de la condición de persona con discapacidad

La otra forma que prevé el art. 6 .1º de la L.P.P.D.: “por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley.”, lo que implica que el P.P., se extingue por la pérdida del beneficiario su condición de persona con discapacidad en el grado exigido por el art. 2.2º de la L.P.P.D.⁶²⁴. Por tanto, una persona con un grado menor no tendrá la condición de discapacidad. Esta forma de pérdida de condición de persona con discapacidad como aporta el autor PÉREZ HUETE⁶²⁵:

⁶²⁴ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”, y siguiendo adicionalmente cabe citar a la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 106, que aporta: “En esta situación el beneficiario continúa siendo titular de los bienes y derechos que conforman el patrimonio protegido en régimen de propiedad ordinaria “sujetándose a las normas generales del Código Civil o del Derecho Civil, foral o especial que, en su caso, fueran aplicables”, y en este caso cabe citar al autor TORRES MATEO, M., *Código de familia*. Op. Cit., p. 1396, Ley 2/2003, de febrero, Régimen Económico Matrimonial y viudedad. B.O.E. núm. 62/2003, de 13 marzo y BOA núm. 22/2003, de 24 febrero [LARG 2003.621) en su art. 34 bienes de origen familiar. Modificado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo-LARG\2011\118, BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011, pág. 6490 art. 216, en la aplicación en el caso de que el discapacitado después de la pérdida de su condición o falleciera, como pasaría a sus herederos.

⁶²⁵ PÉREZ HUETE, J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41\2003”. Op. Cit, p. 995, y siguiendo adicionalmente debemos hacer mención a la S. T. S. J. Andalucía. Granada 27 de enero, núm. 41/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) (Ponente: Ilma.

“será mediante la resolución administrativa que establece el grado de discapacidad debe fijar la fecha en que puede tener lugar la revisión, sobre todo si es previsible una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento”.

Por otra parte, el autor LEÑA FERNÁNDEZ,⁶²⁶ se pregunta: “¿realmente la extinción del P.P., en el supuesto de que el beneficiario estuviese incapacitado, y no se modifique previamente la sentencia para pasar a la curatela (al tener una discapacidad inferior al 33%) o podrá suprimirse la incapacitación? ¿Tendrá la resolución administrativa, en este caso, efectos superiores a la declaración judicial de incapacitada recaída? Entiendo que está claro que no, y añade, el P.P., se extinguirá y pasará a ser administrado, junto con su patrimonio general⁶²⁷, por sus padres, tutor o curador, que sean sus representantes legales de la persona con discapacidad titular del hasta ahora existente P.P.”.

Por lo que, inicialmente, habíamos mencionado la extinción del P.P., mediante resolución administrativa, y, posteriormente pensamos y sí recae la sentencia en lo civil o en lo social tendría la misma efectividad. Al

Sra. M^a Luisa Martín Morales) JUR 2003\65998, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “Respecto a un Sr., que se le diagnostica una discapacidad de un 57%, pero esta circunstancia ha sufrido una variación ante una intervención quirúrgica a que se sometió con posterioridad, siéndole corregida la pérdida de agudeza visual en el ojo derecho a un 0,4 y en el ojo izquierdo a un 0,8. Esta situación ha sido atendida por el EVO para fundamentar la declaración de una discapacidad del 12%. Por ello, aunque se certifique que la discapacidad ascienda al 57% con un plazo de validez definitivo, no se impide que ante nuevas circunstancias que supongan una mejoría física del ciudadano, se revisen las calificaciones efectuadas por el EVO, dictámenes que gozan de la presunción de validez, al no haber sido desvirtuadas por otros informes que pudieran obrar en las actuaciones”.

⁶²⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 124.

⁶²⁷ Lo que causará la unificación de deudas tanto en el P.P., como del patrimonio principal, con la supuesta confusión de deudas.

respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁶²⁸ sostiene: “El procedimiento para la obtención de esta resolución será el procedimiento administrativo de carácter laboral que es el que se insta cuando el organismo competente (la Comisión Evaluadora de Minusvalías de cada Comunidad Autónoma) no concede la minusvalía solicitada o la concede en menor grado que el que desea el solicitante”. Por tanto, entendemos que si consta la acreditación de minusvalía (discapacidad) tanto en el orden civil o social tendrá validez la sentencia, aunque en un principio abogamos por la unificación de los medios de valoración de la discapacidad⁶²⁹.

Por otra parte, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁶³⁰ entiende: “que en toda esta materia relativa a un patrimonio de destino, el interés prioritario, que debe conformar cualquier situación, es el de proteger y dar cumplimiento al específico destino de que se trate que, en nuestro caso, no es otro que el interés del discapacitado. En consecuencia, hablar de cualquier persona, como posible legitimado para ejercitar una determinada acción relativa al P.P., tendrá todo sentido cuando se trate de evitar algún perjuicio al discapacitado (art. 7.1º de la L.P.P.D.) pero no cuando, como

⁶²⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 126.

⁶²⁹ En este sentido, existe algún criterio diferente como aporta la autora ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1016, que sostiene: “En cuanto a la resolución judicial, será una resolución declaratoria que deberá discurrir por los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria, sin que se exijan los trámites del procedimiento contradictorio de incapacitación y ello por la aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª y por la disposición adicional 3.ª de la Ley Orgánica de Protección del menor que establece que: “Con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria”. Por lo que, se pueden aplicar las sentencias en el orden civil el grado de discapacidad.

⁶³⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., pps. 126-127.

en este caso, lo que puede causar es un perjuicio (la pérdida de los beneficios que supone ser titular de un P.P.) simplemente por haber bajado, a lo peor solo en un punto, su discapacidad, por ejemplo del 33% al 32% en su discapacidad psíquica o de 65% al 64% en su discapacidad física o sensorial. Por esta misma razón, entiendo que el Ministerio Fiscal no podrá solicitarla de oficio pese al amplísimo ámbito de actuación que el art. 7.1 de la Ley le otorga (cualquier cosa que “proceda en beneficio de la persona con discapacidad”). Al respecto, tenemos que discrepar del autor pues contemplando el art. 7.1º de la L.P.P.D., que señala: “La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso, la extinción del patrimonio protegido”. Por lo que, el Ministerio Fiscal tiene que dar conocimiento del Juez el grado de discapacidad, tanto sí su grado aumento o si es menor, en este último caso, se procederá a la extinción del P.P., además el autor añade, “si la extinción del P.P., supusiera un perjuicio para éste”, estaríamos no en este caso de extinción, sino en la resolución judicial extintiva del propio art. 7.1º de la L.P.P.D.,⁶³¹ lo que implica que el Ministerio Fiscal dará conocimiento al Juez de la disminución del grado de la persona con discapacidad.

⁶³¹ Art. 7.1º de la L.P.P.D., señala: “La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, la extinción del patrimonio protegido”

8. OTRAS EXTINCIONES QUE NO SE CONTEMPLAN EN EL ART. 6 DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Como hemos mencionado anteriormente el art. 6.1° de la L.P.P.D., menciona dos tipos de formas de extinción del P.P., “El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley”, pues existen otras formas de extinción del P.P.

8.1. La extinción del patrimonio protegido mediante resolución judicial

Como anteriormente hemos mencionado el art. 7.1° de la L.P.P.D., señala: “Corresponde al Ministerio Fiscal quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la extinción del patrimonio protegido”⁶³². Esta decisión judicial que extingue el P.P.,

⁶³²Al respecto, los autores aportan ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1016.: “Se trata de una causa no contemplada en el artículo 6 de la Ley, que es el artículo que se ocupa de la extinción del patrimonio protegido, pero que se recoge en el artículo 7.1 in fine, al regular la supervisión del patrimonio”. LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 128.: “Realmente, no estamos aquí ante una causa, propiamente dicha sino ante un medio o forma de extinción”. Por tanto, la forma de actuación del Ministerio Fiscal actuará como señala el art. 7.1.2° párr., de la L.P.P.D.: “El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y

tiene su fundamento, en el caso que perjudicará a la persona con discapacidad, como muy bien señala la autora ESTRENA PALOMERO⁶³³: “la resolución judicial de extinción del P.P., sólo podrá tener lugar si se produce “en beneficio de la persona con discapacidad”. Por tanto, conllevando gastos y acreedores en el P.P., lo que implica que no se podrá afrontar las necesidades vitales para la persona con discapacidad, elemento fundamental de la L.P.P.D., pudiendo ser la mala gestión de la administración del P.P. Ante esta consecuencia se aplicará el art. 7.1º de la L.P.P.D., que señala: “el Ministerio Fiscal quien instará del juez a que proceda, en beneficio de la persona con discapacidad, a la extinción del patrimonio protegido”. Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁶³⁴ sostiene: “para que el juez pueda decretar la extinción del P.P., no bastará con que concurra el perjuicio dicho, sino que será necesario que éste no pueda ser suprimido o evitado por otro medio, como pueda ser una actuación que provoque la desaparición de esa circunstancia que, conectada con el patrimonio concreto, produce dicho perjuicio para el beneficiario, actuación que puede ser la modificación subjetiva, objetiva o funcional de dicho patrimonio, cosa que permite decretar al juez el art. 7-1”, como afirma el autor, “sería una forma de extinción, sino se puede resolver por otro medio”.

Por otra parte, tenemos que tener en cuenta que esta decisión judicial, es aplicable a todos los tipos de discapacidad contempladas en la L.P.P.D.,

será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido”. Por lo que, en este último caso se actuaría mediante un procedimiento judicial.

⁶³³ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 1016- 1017.

⁶³⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 129.

siempre que el P.P., perjudique a la persona con discapacidad, como consecuencia de su insolvencia, y actuando siempre en beneficio de la persona con discapacidad.

8.2. El vaciamiento del patrimonio protegido

Como manifiesta el autor SERRANO GARCÍA⁶³⁵: “Hay otro caso de extinción no contemplado en la norma, que es el agotamiento del patrimonio. Las necesidades de la persona con discapacidad, pueden agotar el patrimonio”. Por lo que, extraemos del autor, el P.P., en este caso sería un patrimonio más de gasto, que un P.P., de ahorro.

Por otra parte, implica como aporta la autora ESTRENA PALOMERO⁶³⁶ : “la desaparición de bienes y derechos del P.P., que pueden producirse tanto porque se destruyan los bienes o derechos (física o jurídicamente) o se pierdan (por ejemplo, por nulidad de la aportación efectuada, por inoficiosidad, fraude de acreedores)”. Por lo que, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁶³⁷ entiende: “no cabe duda de que si el P.P., está

⁶³⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 434. Puesto, que como aporta la autora ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1017.: “Esta causa no aparece reflejada en el artículo 6 de la Ley, pero se deriva de no poder alcanzar los fines para los que sea creado”.

⁶³⁶ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1017.

⁶³⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 131. De la misma forma, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 171-172, el autor diferencia entre: “creación y dotación, del patrimonio, de igual modo una cosa es en el patrimonio en sí y otra su contenido, y añade, entendemos que el contenido, incluso total, de un patrimonio protegido

compuesto por unos bienes y derechos y todos ellos salen de ese patrimonio, sin que ocupen su lugar otros subrogados, se produciría la interrogación de sí, con ello, habría de tener lugar la extinción de ese patrimonio, y estima el autor que cuando no hay bienes en el P.P., que es finalista, no hay patrimonio, al no haber nada que cumplir, y añade, sin embargo, al no producirse su extinción automática ope legis, hay que convenir que continua subsistente formalmente a modo de estructura o vestidura jurídica que puede “rellenarse” en un momento posterior con nuevas aportaciones”. Nuestra opinión al respecto, como patrimonio separado que es, y, mediante posteriores aportaciones sucesivas, puede seguir el P.P., pero el problema sería cuanto tiempo conllevaría esto, pues perjudicaría a la persona discapacitada para sus necesidades vitales, y también para los acreedores del P.P. Por lo que, se tendría que aplicar el art. 7.1º de la L.P.P.D., que señala el: “Ministerio Fiscal quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, la extinción del patrimonio protegido”.

puede haberse perdido, puede ser que todos los bienes y derechos hayan salido del mismo, pero por este solo hecho no se extingue el P.P., sino que queda en una especie de estado latente, a la espera que ingresen en el mismo nuevos bienes y derechos. Esta idea explicaría por qué el art. 6 de la Ley 41/2003 no incluye la pérdida o extinción de todos los bienes y derechos”.

9. LA RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO

La L.P.P.D., no menciona la rendición de cuentas del P.P., una vez extinguido éste⁶³⁸. De todas formas, el Ministerio Fiscal puede exigir mediante la aplicación del art. 7.2º de la L.P.P.D., que señala: “Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de gestión al Ministerio Fiscal cuando este lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente”, de esta forma entraríamos en colación con los arts. 168 y 279 C.c., en materia de rendición de cuentas de los padres sobre el patrimonio de sus hijos, y también rendirán cuentas los tutores⁶³⁹. Al respecto, el autor LÓPEZ-GALIACHO⁶⁴⁰ manifiesta en este último caso de rendición de cuentas de los tutores: “extinguido el P.P., o en su caso de cese o renuncia en el cargo de administrador, y ante el silencio que la Ley 41/2003 guarda sobre las reglas de su administración,

⁶³⁸ Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 172, señala: “La Ley 41/2003 no se ocupa expresamente de la rendición de cuentas a la extinción del patrimonio protegido”.

⁶³⁹ Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 172- 173, aporta: “Si han sido administradores los padres que ejerzan la patria potestad sobre sus hijos, entendemos, que el art. 168 C.c., ampara la pretensión de los hijos- o en su caso de sus nuevos representantes legales- de exigirles una rendición de cuentas al cesar las funciones. Si ha sido administrador del patrimonio otra persona distinta de los padres, entendemos aplicables los preceptos del C.c., en materia de rendición de cuentas por el tutor: arts. 279 y ss.”.

⁶⁴⁰ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Op. Cit., pps. 196-197.

entendemos que podrá exigirse al administrador saliente la rendición de cuentas a que se refiere el artículo 279 C.c.”.

Por otra parte, el art. 7. 2º de la L.P.P.D., señala dos vía de rendición de cuentas: la primera “Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de gestión al Ministerio Fiscal cuando este lo determine éste”, esta rendición de cuentas será final, cuando el P.P., éste extinguido, y la segunda “y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente”. Por lo que, esta última rendición de cuentas estará en el documento constitutivo, aunque el P.P., no estuviera extinguido, y por último será al Ministerio Fiscal, a quien se deberá rendir las cuentas, siempre por medio del administrador o administradores del P.P.

10. EL DESTINO DE LOS BIENES DESPUÉS DE LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El art. 6.1º de la L.P.P.D., determina dos clases de destino de los bienes: “El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley”, en esta última condición estando en vida la persona que anteriormente era discapacitada. Al respecto, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁶⁴¹ entiende

⁶⁴¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., pps. 173- 175.

que: “el destino que hayan de seguir los bienes y derechos que en su día constituyeron el patrimonio especialmente protegido del discapacitado varía según la causa de extinción del patrimonio y del origen, en primer lugar habrá que atender al destino previsto por el constituyente o aportante”.

10.1. El destino de los bienes en caso de muerte o declaración de fallecimiento

El art. 6.2º de la L.P.P.D., señala: “Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia”. Al respecto, habrán dos tipos de constitución de los bienes o derechos: primero si el beneficiario constituyó el P.P., con sus propios bienes o derechos, y, segundo si fue constituido o aportado por un tercero.

Por tanto, cuando el P.P., fue constituido por los bienes y derechos del propio beneficiario, con la pérdida de la condición de P.P., tras su muerte, y integrándose en el patrimonio principal del hasta entonces beneficiario, y cuando se abriera la sucesión hereditaria se aplicarán los arts. 196, 657 y 661 C.c., por lo que es de mencionar que el P.P., de una persona discapacitada, tanto muerto o declarado fallecido, es parte de su herencia.

Por otra parte, pueden formar parte del P.P., bienes o derechos intransmisibles o de carácter vitalicio, como pueden ser el derecho de uso o de habitación, el usufructo de carácter vitalicio, estos derechos se extinguen con la muerte del discapacitado.

Por otro lado, sobre la apertura testamentaria de la persona beneficiaria la autora ESTRENA PALOMERO⁶⁴² aporta: “se abre en este momento la sucesión testamentaria de beneficiario que otorgó testamento porque tenía capacidad suficiente o lo hubiera otorgado antes de verse afectado por la causa que modificó su capacidad⁶⁴³. En otro caso se abrirá la sucesión abintestato (art.658 C.c.)”. En el primer caso que contempla la autora existe testamento, pues se realizó en el momento que la persona tenía “capacidad suficiente de obrar”, pero si no dispuso testamento será abintestato, los herederos pueden aceptar la sucesión de forma pura y simple, o, a beneficio de inventario.

Por tanto, siempre que exista la apertura de la sucesión se produce el llamamiento de los herederos, lo que se convierte en una herencia yacente. Por lo que, puede conllevar que no ha sido aceptada la herencia por los herederos, tendrá que ser administrada hasta que se produzca la aceptación.

Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁶⁴⁴ se pregunta: “¿A quién corresponderá la administración de los bienes durante este plazo intermedio y hasta que acepte la herencia? Primero sostiene el nombramiento del albacea, siempre que tenga atribuidas la competencia de la administración del patrimonio, en caso contrario, el mismo albacea tendrá sus facultades limitadas con la imposibilidad de actuar sobre los bienes hereditarios en los actos que no sean correspondientes a la defensa del testamento y la

⁶⁴² ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1019.

⁶⁴³ De esta forma podemos decir, que las condiciones de capacidad necesarias para hacer testamento deben valorarse en el momento del otorgamiento, no en el fallecimiento ni en el periodo que transcurre desde su otorgamiento hasta su fallecimiento con la aplicación del art. 666 C.c.

⁶⁴⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., pps. 140-141.

herencia, y añade, en este supuesto de no haberlo, hay que tener en cuenta, hasta que no sea firme el auto de declaración de fallecimiento, no podrá instarse la declaración de herederos (con la aplicación del art. 195 C.c.). Por ello podría sostenerse que no se han producido aun efectos extintivos de patrimonio que produce la declaración de fallecimiento y, mientras tanto, seguirá administrando el P.P., el que sea su administrador, aunque, una vez firme la declaración de fallecimiento se retrotraigan los efectos a la fecha en que esa declaración establezca como fecha de fallecimiento”.

Por otra parte, la otra opción que mencionábamos era el destino de los bienes del P.P., o, lo aportado por un tercero, en el primer lugar si el P.P., ha sido constituido por una tercera persona se atenderá a la voluntad del constituyente con relación al destino de los bienes y derechos, pues consideramos que forman parte de la herencia de la persona discapacitada.

Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO⁶⁴⁵ sostiene: “si no hay disposición expresa del constituyente o aportante, entonces los bienes se incluyen dentro de la herencia del beneficiario del P.P., junto con los demás bienes y derechos transmisibles de su patrimonio personal”. Aunque existe la posibilidad que el constituyente o aportante hayan estipulado, en el momento de la aportación de los bienes o derechos que a la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario no sean integrados en la herencia del fallecido, sino que tengan otro destino y que salgan del P.P., una vez acaecido el hecho. Por lo que, el autor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁶⁴⁶ aporta: “los bienes aportados al P.P., son a término

⁶⁴⁵ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1018.

⁶⁴⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 175. Aunque la L.P.P.D, señala en su art. 4.2º: “las aportaciones, no podrán realizarse a término” o

resolutorio, se contempla la muerte de un sujeto, término certus an et incertus cuando, hecho futuro y cierto, aun cuando no se sepa cuándo- o a condición resolutoria- se contempla la declaración de fallecimiento del beneficiario, condición resolutoria, al ser un suceso futuro e incierto”. Por lo que, entendemos que en este caso se podría aplicar el art. 758.3º párr., C.c.

10.2. El destino de los bienes tras la pérdida de la discapacidad

Los arts. 6.1º y 2º párr., de la L.P.P.D., señalan: “El patrimonio protegido se extingue, por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad, sujetándose a las normas generales del Código Civil o derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

De esta forma, una vez extinguido el P.P., por la pérdida de la condición de discapacitado⁶⁴⁷, tenemos que tener en cuenta que si el patrimonio lo constituyó el propio beneficiario, formará parte del patrimonio personal del

condición resolutoria”. Por lo que, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 411, sostiene: “en el caso de un usufructo del que sea titular aportante, por ejemplo por “el tiempo que tarde un tercero a llegar a determinada edad” del art. 516 C.c.; sin embargo no parece que haya inconveniente el aportarlo aunque tiene un término, o, otro ejemplo un derecho de arrendamiento, que también es esencialmente temporal. Tampoco serían aportables derechos por un periodo de tiempo, pasado el cual, seguirían del destino predeterminado”. A nuestro entender, el primer ejemplo de aportabilidad al llegar a la edad, nos parece que la persona esta discapacitada, y tenga una cierta edad, esto mermaría su P.P., pudiéndose aportar antes, pero entendemos que todas las aportaciones son efectivas si satisfacen las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

⁶⁴⁷ En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 411, señala: “de alguna manera sometido a condición, la conditio juris de la permanencia en la situación de persona con discapacidad”.

mismo, como señala el art. 6.2º.2º párr., de la L.P.P.D.: “Si el patrimonio se hubiera extinguido por dejar de ser su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran”. Por otro lado, como mencionábamos anteriormente, si el aportante o el constituyente no han previsto otro destino particular seguirá siendo del antiguo beneficiario titular, integrándose en su patrimonio personal.

Por otra parte, si el constituyente o aportante, han dispuesto el destino especial de los bienes habrá que cumplir en cuanto sea posible, siempre que queden bienes o derechos suficientes, y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil, foral o especial que, en su caso fueran aplicables⁶⁴⁸ y no siéndolo⁶⁴⁹, se les dará otra “lo más análoga y conforme a la prevista de estos”, para el autor SERRANO GARCÍA⁶⁵⁰: “el destino a una finalidad “más análoga” recuerda al art. 39 C.c., cuando prevé el destino de los bienes de las personas jurídicas, cuando éstas se extingan”.

⁶⁴⁸ Así por ejemplo, las limitaciones legales establecidas en la regulación de las sustituciones fideicomisarias (cfr. arts. 781 y 785.2 C.c., en relación con el art. 26 de la L.H.)

⁶⁴⁹ Como indica el art. 4.3º de la L.P.P.D.: “Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al art. 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes, y, “sujetándose a las normas establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables” y el art. 6. 3º de la L.P.P.D., señala: “Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, deberá darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley. En caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones”.

⁶⁵⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 435.

Para nosotros la L.P.P.D., da libre albedrío sobre los bienes y derechos a la persona constituyente, siempre que sea un tercero el aportante.

En otro orden de cosas, cuando se unen el P.P., con el patrimonio principal, también se unifican las deudas, pudiendo ocurrir que en este momento existan tantas deudas como bienes y derechos, en el P.P., lo que repercutiría en el patrimonio principal. Por lo que, habría que haberlo contemplado el legislador en la L.P.P.D., y, así proceder a subsanar las deudas del P.P., antes de unificarse los dos patrimonios (el P.P. y el patrimonio principal).

11. LA REVERSIÓN DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

En todos los supuestos expresados sobre la extinción del P.P., como hemos anteriormente expuesto es posible que todos o algunos bienes y derechos, que integran el P.P., no sean del propio beneficiario o no pasen a sus herederos como está regulada la reversión en el art. 6.3º de la L.P.P.D.,⁶⁵¹ que nos remite al art. 4.3 de la L.P.P.D., el cual permite a los aportantes, en el momento de realizar la aportación: “los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, el equivalente”, dando a estos bienes o derechos una finalidad diferente.

⁶⁵¹ Art. 6.3º de la L.P.P.D., señala: “Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley”.

Al respecto, la autora PEREÑA VICENTE⁶⁵² sostiene: “sin embargo cuando los aportantes han hecho uso de la facultad concedida por el art. 4.3 de la Ley la respuesta no es tan sencilla porque si esos bienes se sustraen sin más de patrimonio, se pueden ver perjudicados los derechos de los acreedores, y añade, supuestos semejantes en dos instituciones: la donación con clausula de reversión del artículo 641 C.c., y el derecho de reversión del art. 812 C.c.”

En cuanto, a la posibilidad de reversión del art. 641 C.c., cabe mencionar la S.A.P. Murcia 22 de octubre, núm. 264/2004 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortíz) JUR 2004\291709, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “aun con más claridad, señala que hablándose de “reversión automática” o como dice el artículo 641 “donador”, añadiendo que la donación como clausula de reversión no es, en suma, más que una donación con condición resolutoria, en la que de un modo expreso se pacta el derecho de volver a adquirir, lo que tiene lugar cuando las condiciones bajo las que se establezcan lleguen a cumplirse”.

Por lo que, la persona que aporta los bienes o derechos, una vez se extinga el P.P., según su voluntad inicial, pueden o no revertir, estos bienes o derechos aportados, en este caso cabe mencionar la S.A.P. Murcia 22 de octubre, núm. 264/2004 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortíz) JUR 2004\291709, en su Fundamento de Derecho Segundo: “Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló, para cualquier caso y circunstancia, conservando el destinatario las

⁶⁵² PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., pps. 111- 112.

facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma”.

11.1. Los elementos para que proceda la reversión en las aportaciones del patrimonio protegido extinguido

Como habíamos mencionado anteriormente, el art. 4.3º de la L.P.P.D., el cual permite a los aportantes, en el momento de realizar la aportación, “los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, el equivalente”.

Este precepto, tiene tres condiciones:

a) Que el patrimonio se extinga y que aun existan bienes o derechos suficientes.

b) La reversión que haya previsto el aportante, no esté condicionada respecto a los destinatarios, que pueden ser los propios aportantes o una tercera persona⁶⁵³.

c) La devolución de los bienes o derechos o su equivalente, en este último caso si ha salido del patrimonio⁶⁵⁴, en este caso si los bienes o

⁶⁵³ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “Se puede acordar que la reversión sea a favor del donante; o bien a favor de un tercero”.

derechos superan al patrimonio salido se entregará el “equivalente”⁶⁵⁵, a nuestro entender, puede ser el valor que tenían los bienes o derechos que hayan salido del patrimonio.

Por otra parte, como es obvio, el P.P., es un patrimonio separado y cuando, se extingue debería de hacer frente a sus deudas, conllevando a la liquidación de estas, lo que es la rendición de cuentas, y proceder a su reversión de los bienes o derechos existentes en el P.P., aportados, siempre que el aportante hubiera expresado en su voluntad inicial a la reversión.

En este sentido, la autora PEREÑA VICENTE⁶⁵⁶ sostiene: “no puede ser otra la solución que demos para las aportaciones al P.P., que, antes de

⁶⁵⁴ Como manifiesta PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 110, la autora se pregunta: “¿Qué ocurre cuando el bien ha salido del patrimonio pero otro ha ocupado su lugar? ¿Se deberá entregar ese a la persona designada por el aportante o se deberá entregar su equivalente? Podría entenderse, que, dado que en los patrimonios separados juega el principio de subrogación real, de modo que el lugar que ocupaba el bien que ha salido del patrimonio es ocupado por el que se recibe a cambio, será éste el que haya que entregarse. Sin embargo creemos que la subrogación tiene lugar respecto al patrimonio en su conjunto, no respecto a la posición concreta de un bien, por lo que, en este caso, se tendrá que entregar el equivalente”.

⁶⁵⁵ Referente al destino de los bienes y derechos aportados “o equivalentes”. Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., pps. 141- 142, sostiene: “A mi juicio, esta expresión no significa que si, el momento de extinguirse el patrimonio protegido no estuvieran ya los bienes aportados y destinados, haya que sustuirlos en cuanto al destino no por cualquiera otros “equivalentes” que existan en el patrimonio, porque esto significaría que el aportante puede “mandar” sobre bienes que no hayan sido aportados por él ni tengan ninguna relación de subrogación con estos ,y añade, es el propio art. 4-3º de la L.P.P.D., el que apoya esa interpretación al decir que “los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente”. Pues bien, como esa posibilidad estimo que resulta ilógica (jurídicamente hablando) y absurda, creo lo que quiere decir es que el aportante puede establecer un destino para los bienes que aporte y sus subrogados, claro es que si estos existen en el patrimonio y no están sujetos a ninguna responsabilidad contraída ya que opino que eso es lo que quiere decir la Ley (art.4.3º de la L.P.P.D.) cuando dispone que “siempre que hubieren quedado bienes y derechos suficientes”.

seguir la finalidad prevista por el aportante, deberán hacer frente a las deudas del titular discapacitado, y no sólo a las de dicho P.P., sino también a las del patrimonio principal”.

Al respecto, la autora ESTRENA PALOMERO⁶⁵⁷ estima: “que a la hora de realizar la aceptación de la donación que por reversión se recibe, será utilísima y casi indispensable la escritura de extinción⁶⁵⁸. En esta escritura será preceptivo realizar la liquidación del patrimonio extinguido. Y ello es así porque el artículo 4.3 de la Ley delimita que se producirá la transmisión: “siempre que hubieran quedado bienes o derechos suficientes”, es decir que está exigiendo una liquidación que delimite si quedan en el patrimonio bienes y derechos o su equivalente en bienes subrogados”.

Por otra parte, la reversión puede haberse constatado a favor del aportante o una tercera persona por ejemplo: en caso de que falleciera el aportante su sustituto sería su hijo o una entidad con dedicación a las personas con discapacidad, y siguiendo adicionalmente el autor LEÑA FERNANDEZ⁶⁵⁹ entiende: “habrá que constar con la aceptación de la persona o entidad beneficiaria cuando vaya a tener la transmisión, porque,

⁶⁵⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 113.

⁶⁵⁷ ESTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1020.

⁶⁵⁸ Al respecto, cabe señalar la S.A.P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “El pacto de reversión ha de ser una cláusula de propio contrato de donación, recogido en escritura pública”. Por tanto, lo que representa como señala la autora se deberá recoger en la escritura de extinción del P.P.

⁶⁵⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 141.

en definitiva estaríamos aquí en un supuesto de donación reversional a favor de un tercero, prevista en el art. 641 C.c.”.

Por otra parte, puede darse el caso, como aporta el autor SERRANO GARCÍA⁶⁶⁰: “el artículo 781 C.c., que permite sustituciones fideicomisarias que no pasen de segundo grado, o que se hagan a favor de persona que vivan al tiempo del testador”, como afirma el autor si el que ha realizado, el testamento, por ejemplo es un hermano del padre, éste realiza el testamento, a favor de su sobrino discapacitado⁶⁶¹, pero el hermano del padre como el sobrino discapacitado fallecen, y existe otro hermano, pasaría directamente a favor de este último⁶⁶², como aporta el autor LEÑA FERNANDEZ⁶⁶³: “no estamos, pues ante una sucesión de ese tercero destinatario respecto del titular. Ni tampoco respecto al destinante (el que realizó la aportación) como si fuera una sustitución fideicomisaria ordenada por éste, ya que, normalmente, la aportación es inter vivos. Solamente en el supuesto en que la aportación se realice por testamento con expresión del destino de los bienes a favor de tercero, -una vez extinguido el patrimonio

⁶⁶⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 456.

⁶⁶¹ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “Pero esta forma de verificar la reversión cuando se trata de bienes inmuebles, es el otorgamiento de la correspondiente escritura, en la que el donatario deja constancia de la trasmisión de la propiedad en virtud de la reversión, que tiene que ser aceptada por el adquirente (que podría no aceptarla)”. Por lo que, si tuviera capacidad suficiente de obrar, en este caso no tendría la finalidad prevista por el aportante respecto a terceras personas.

⁶⁶² En este sentido, se pronuncia la S.A.P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318, en su Fundamento de Derecho Cuarto, al señalar: “La propiedad es adquirida por el donante, o el tercero designado, en virtud del cumplimiento del hecho reversional, y se entrega el objeto donado porque ya es suyo”.

⁶⁶³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 142.

en el que se integran los bienes aportados-podría entenderse que el destinatario-recipientario es heredero fideicomisario”.

12. LA IMPOSIBILIDAD DE DAR A LOS BIENES O DERECHOS SU FINALIDAD PREVISTA

Si no pudiera darse a tales bienes y derechos el destino prevenido por sus aportantes se les dará otra finalidad como indica art. 6.3°.2º párr., de la L.P.P.D.: “Lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso al valor de las diferentes aportaciones”. De todas formas, nos remitimos al (E.M. IV) de la L.P.P.D., que señala: “En estos casos, se presta especial atención a los bienes y derechos aportados por terceros, los cuales se aplicarán a la finalidad prevista por el aportante al realizar la aportación, si bien cuando sea material o jurídicamente imposible cumplir con esta finalidad se les dará otra, más análoga y conforme posible con la voluntad del aportante, en técnica similar a la conmutación modal regulada por el artículo 798 del Código Civil y atendiendo, si procede a la naturaleza de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido en el momento de la extinción y en proporción a las diferentes aportaciones”, ofreciendo similitud, tanto en el art. 6.3°. 2º párr., de la L.P.P.D., y la (E.M. IV) de la L.P.P.D., al señalar: “se les dará otra, más análoga y conforme posible con la voluntad del aportante”.

Por otra parte, atendiendo a la (E. M. IV) de la L.P.P.D., que señala: “en técnica similar a la conmutación modal regulada por el artículo 798 del

Código Civil”, aplicando la donación modal⁶⁶⁴, y siguiendo adicionalmente cabe señalar la S.A.P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318, en su Fundamento de Derecho Tercero conceptúa la donación modal como: “modales, en las que expresa un motivo, finalidad deseo o recomendación”.

Por otra parte, el autor LEÑA FERNANDEZ⁶⁶⁵ sostiene: “El modo - la fijación de juicio- puede consistir, a mi juicio, en una de estas dos cosas: en la determinación de la persona o entidad a la que debe hacer tránsito lo aportado o en el fin concreto a que debe ser destinado, y expone el ejemplo: el aportante puede decir que extinguido el patrimonio se entregarán los bienes aportados a una fundación tutelar determinada para sus fines, o bien que se destinen (por el propio titular o, en su caso, por sus herederos) a sufragar la estancia de un discapacitado concreto en un establecimiento adecuado o bien que estos pasen a esa fundación tutelar para que los dediquen a una finalidad específica dentro de las que constituyen su objeto (v. gr. la protección y atenciones específicas de los incapacitados tutelados por esa fundación que estén cumpliendo condena penal), y añade, en el sentido análogo al prefijado, puede ser que aportante al P.P., extinguido, no haya constituido destino, para bienes y derechos “destinados” o sus subrogados, solo podrá fijarlos el juez. Y ello, no por el procedimiento del art. 7 de la L.P.P.D., que solo tiene finalidad el “el beneficio de la persona con discapacidad”, persona a quien nada le afecta el destino que de esos bienes cuando ya se ha extinguido el patrimonio, sino por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, de modo similar a la actuación judicial prevista

⁶⁶⁴ Al respecto, el autor PUIG BRUTAU, J., (1987). *Compendio de derecho civil*. (Vol. II) (1ª Ed.). Barcelona: Bosch, p. 347, denomina: “que la donación modal tiene un destino determinado”.

⁶⁶⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., pps. 143- 144.

en el art. 5.6º de la L.P.P.D., también en un caso en que no se pueden seguir las reglas estatuidas”. Por lo que, también tenemos que tener en cuenta la S.A.P. A Coruña de 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que señala: “reversión, que tiene que ser aceptada por el adquirente (que podría no aceptarla)”. Por lo que, en ambas situaciones tiene que actuar el Juez, pero entendemos que debería darse a la finalidad inicial en que fueron constituidos los bienes o derechos en beneficio de las personas discapacitadas.

13. LA CANCELACIÓN REGISTRAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El Registro, tiene como finalidad proporcionar la seguridad jurídica frente a terceros, con las características que menciona la autora SALVADOR GUTIÉRREZ⁶⁶⁶: “con las debidas garantías de veracidad y legalidad”, en el R.C. De idéntica forma, se actúa en el R.P., en este sentido, el autor CUADRADO IGLESIAS⁶⁶⁷ aporta: “en aras de la mayor transparencia y seguridad, se hará constatar”. Por lo que, es extensible a todos los Registros.

⁶⁶⁶ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Sistema registral español. Registro civil y derechos fundamentales”. Op. Cit., p. 36.

⁶⁶⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1148.

Por otra parte, el autor aporta las diferencias registrales del R.C., y el CUADRADO IGLESIAS⁶⁶⁸ aporta: “como puede observarse, hay distinto criterio, para la cancelación registral del correspondiente asiento; en el primer caso “se hará” (refiriéndose al R. C.), en tanto que en el segundo “se podrá exigir” (refiriéndose al R. P., y otros Registros), y añade, en nuestra opinión, tal disparidad no se halla justificada, y entendemos que en ambos casos debe ser exigido el asiento registral correspondiente, con el fin de coadyuvar a la deseada concordancia entre la realidad registral y extrarregistral”.

Por lo que, implica en el R.C., la expresión del art. 8.1º de la L.P.P.D.: “se hará constar en el Registro Civil”, representa la obligatoriedad de la representación legal remitiéndonos al art. 5.7º de la L.P.P.D.: “El administrador del patrimonio protegido”, con la diferencia que señala el art.8.3º de la L.P.P.D.: “se podrá exigir por quién resulte ser titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones o notas marginales”, en este caso, se refiere a un bien o derecho, lo que implica que existe obligatoriedad, una vez cancelado el P.P.,⁶⁶⁹ pues puede afectar a terceras personas con buena fe, puesto que como anteriormente hemos expuesto el R. P., tiene que ofrecer transparencia y seguridad.

Por otra parte, las personas con legitimidad, para la cancelación del P.P., según el art. 8.3º de la L.P.P.D.: “se podrá exigir la cancelación al titular”, en este caso la persona discapacitada si tiene “suficiente capacidad

⁶⁶⁸ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 1149.

⁶⁶⁹ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., p. 145, entiende: “ya porque el bien o derecho en cuestión salga de ese patrimonio para pasar a otro que carece de esa calificación”.

de obrar”, en el caso contrario sus representantes legítimos o quien “tenga un interés legítimo”, incluyéndose a los guardadores de hecho, siempre que se demuestre, y las personas que adquieren el bien, puesto que es necesaria la cancelación registral.

Por lo que, implica que sí se puede cancelar en el R.P.,⁶⁷⁰ y en el R.C., y por supuesto en otros Registros, que no se menciona en la L.P.P.D. Al respecto, LEÑA FERNÁNDEZ⁶⁷¹ se pregunta: “¿Qué ocurre entonces con la extinción de la cualidad del protegido de un patrimonio determinado respecto a la representación legal del beneficiario respecto al R. C.? Parece claro que, en unos casos el propio discapacitado, en otros sus representantes legales y en otros el administrador cesante, tendrán interés es que la constancia en el R.C., de esa representación legal atribuida al administrador del P. P., se haga desaparecer de ese Registro una vez que se haya extinguido por haberse extinguido el P.P., ante el procedimiento de cancelación, y añade, creo que bastará con una comparecencia del indicado acompañando el documento que acredite haberse producido la extinción indicada”, lo que producirá la cancelación del asiento en el R.C. Esta cancelación implica la extinción del P.P., como señala el autor PÉREZ

⁶⁷⁰ De esta forma, se pronuncia la R.G.R.N. (Propiedad) Resolución 8 de febrero 2000 RJ 2000\491, en su Fundamento de Derecho Tercero al señalar: “se da el presupuesto que para su cancelación contempla el citado artículo 82 de la Ley Hipotecaria y ningún obstáculo existe para su constatación registral en cuanto con ello se logrará la deseable concordancia entre el contenido del Registro y la realidad extrarregistral, evitando, a la vez, que puedan acceder al Registro eventuales actos dispositivos realizados por o en nombre del titular de un derecho, ya extinguido, aun cuando esa extinción y consiguiente cancelación no puedan perjudicar a terceros (artículo 40 Ley Hipotecaria)”, demostrando cuando se cancela en el R.P., no se pueda ejercer ningún acto dispositivo en nombre del antiguo titular, sobre los derechos de los bienes inmuebles, como el usufructo.

⁶⁷¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”. Op. Cit., pps. 145- 146.

HUETE⁶⁷²: “se cancelarán todas las anotaciones registrales (a efectos de todos los registros) que hayan producido en el momento de la adscripción”.

⁶⁷² PÉREZ HUETE, J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41\2003”. Op. Cit, p. 995.

CAPÍTULO QUINTO

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA DISCAPACITADA A TRAVÉS DEL DERECHO SUCESORIO

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.- 2. LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER.- 2.1. La indignidad para suceder en el artículo 756. 7º del Código Civil como elemento sancionador.- 2.2. La causa de indignidad para suceder puede ser testamentaria o abintestato.- 2.3. Elementos que diferencian la capacidad para ser indigno de suceder.- 2.4. Diferencias entre discapacitado e incapacitado judicial en la indignidad.- 2.5. Dispensa en el caso de indignidad para suceder.- 2. 6. El derecho de acrecer de los legitimarios tras la declaración de indignidad.- 3. El derecho de uso y habitación de la persona con discapacidad.- 3.1. Las formas de aplicación del derecho de uso y habitación.- 3.2. Los elementos de aceptación en la donación de derecho de uso y habitación.- 3.3. El derecho de uso y habitación si es el propietario de la vivienda o es usufructuario como le afectará a la persona discapacitada.- 3.4. La aplicación del derecho de uso y habitación en la vivienda.- 3.5. Cuando la vivienda es ganancial de propiedad o ajena.- 3.6. La voluntad del testador en el derecho de uso y habitación.- 3.7. La intransmisibilidad, gratuidad de la donación y el legado.- 3.8. El derecho de acrecer cuando son varios legitimarios discapacitados.- 3.9. La aplicación de la computación para el cálculo de las legítimas al derecho de habitación de la persona discapacitada o incapaz.- 3.10. La extinción del derecho de uso y habitación de la persona con discapacidad.- 4. LA REDUCCIÓN DEL LEGADO QUE NO ADMITA CÓMODA DIVISIÓN.- 5. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA FIGURA JURÍDICA DEL INCAPACITADO JUDICIAL.- 5.1. La reforma del artículo 782 del Código Civil.- 5.2. Los problemas de disposición del incapacitado en la sustitución fideicomisaria.- 5.3. Las obligaciones que tiene el fiduciario.- 5.4. El artículo 808 del Código Civil las consecuencias de su reforma y su aplicación.- 5.4.1. El momento que se puede declarar la incapacidad judicial puesto que no es una disposición testamentaria.- 5.4.2. El nombramiento de un sólo fiduciario incapaz o todos los fiduciarios incapacitados.- 5.4.3. El nombramiento de un menor de edad como fiduciario.- 5.4.4. El padre con varios hijos y uno de sus hijos es incapacitado judicial puede crear un fideicomiso legitimario ordenando testamentariamente una sustitución ejemplar o cuasi ejemplar.- 5.5.5. Las características del fiduciario en el fideicomiso en el artículo 808 del Código Civil.- 5.5.6. La figura del fideicomisario.- 6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS.- 6.1. La extinción del fideicomiso.- 6.2. La modificación del artículo 831 del Código civil y sus consecuencias en la fiducia parental.- 6.2.1. El significado de la fiducia parental.- 6.2.2. Las formas del ejercicio de la facultad del cónyuge supérstite.- 6.2.3. Se pueden revocar los actos inter vivos o

los actos mortis causa.- 6.2.4. El cónyuge supérstite puede enajenar.- 6.2.5. Las facultades que le son concedidas al cónyuge supérstite.- 6.2.5.1. La administración por el cónyuge supérstite del caudal relicto.- 6.2.5.2. Los bienes que recaen la facultad del cónyuge supérstite.- 6.3. La delegación que tiene en la facultad de mejorar el cónyuge supérstite.- 6.3.1. Cuando se hubiera preterido un hijo común o descendiente.- 6.4. La distribución y adjudicación de los bienes y derechos.- 6.4.1. Las facultades que el causante le atribuye al cónyuge supérstite.- 6.4.2. Se pueden rescindir los actos del cónyuge supérstite facultado.- 6.4.3. El plazo para ejercitar la facultad de mejorar y distribuir por el cónyuge supérstite.- 6.5. La facultad de partir de cónyuge supérstite.- 6.6. Los impedimentos que puede tener el cónyuge supérstite cuando resulte ser declarado incapacitado judicial.- 7. LA EXENCIÓN DE LA COLACIÓN EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 7.1. El concepto de la exención de la colación.- 7.2. Las personas que pueden acceder a la exención a la colación.- 7.3. Las personas que están obligadas a prestar estas “necesidades especiales” y sus efectos en relación con el artículo 1041 del Código civil.- 7.4. La influencia de la colación en el patrimonio protegido.- 8. LA EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La L.P.P.D., como hemos visto siempre intenta cumplir con la finalidad de dotar al discapacitado de una protección en todos los ámbitos que comprende el P.P., en lo que nos concierne en el ámbito del orden civil patrimonial, con su incorporación de figuras jurídicas nuevas tras la promulgación de la L.P.P.D., y como adicionalmente aporta, la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁶⁷³: “el legislador ha creado nuevas instituciones. Pero, además, se ha alterado el contenido de otras instituciones preexistentes y, en este sentido la Ley 41/2003, a través de las modificaciones de clásicas figuras vigentes, articula concretos mecanismos de protección del discapacitado en el ámbito de Derecho sucesorio”.

2. LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

La primera medida de protección que encontramos en la L.P.P.D., en el aspecto del Derecho sucesorio, es la indignidad para suceder, como señala (E.M.VII a) de la L.P.P.D.: “Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlo”. Por lo que, incorpora en la reforma el art. 756. 7º C.c.

⁶⁷³ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 107.

Al respecto, la doctrina define la indignidad para suceder, entre los autores cabe citar a la autora PASTOR ALVAREZ ⁶⁷⁴ que aporta: “se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante la vida (entendiendo por tales las prestaciones que integran el deber de alimentos), y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”. Pues existen otras causas de indignidad para suceder en el art. 756 C.c., pero debemos centrarnos, solamente en esta causa, que nos aclara tanto la autora como la (E.M. VII a) de la L.P.P.D., y el art. 756.7º C.c.

Al respecto, el autor PÉREZ DE VARGAS ⁶⁷⁵ diferencia en el art. 756.7º C. c., en dos elementos:

“1º El elemento subjetivo, por tanto es de carácter voluntarista, por lo que considera que cuando la Ley establece la indignidad, lo que está haciendo es interpretar la presunta voluntad del causante, quien de haber previsto los hechos por el indigno, no le hubiera querido como sucesor. En este caso no sería aplicable el art. 756.7º C.c., si la persona discapacitada fuera a su vez incapacitada judicial, pues no tendría “suficiente capacidad de obrar”.

2º El elemento objetivo, la conducta del indigno en sí misma. No interesa cuál haya sido la presunta voluntad del causante, sino la voluntad

⁶⁷⁴ PASTOR ALVAREZ, Mª. C., *Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas*. Op. Cit., p. 15. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Op. Cit., p. 2, al señalar: “Se configura como causa de indemnidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida”.

⁶⁷⁵ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 379.

del legislador, quien por razones de tipo ético, impone al indigno una sanción civil (la pérdida de la herencia o legado)". Lo que implica en este segundo elemento objetivo, la existencia de dos causas en la indignidad para suceder:

a) Se impide que en ausencia de testamento puedan heredar a una persona con discapacidad, los parientes que no hayan prestado las atenciones debidas en vida.

b) Aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlo, en este sentido cabe la aplicación del art. 648.3º C.c., pronunciándose al respecto, la S.A.P. Tarragona 10 de junio núm. 208/2009 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Galán Sánchez) AC 2009\1638, en su Fundamento Jurídico Segundo y Tercero, señalan: "impone la condición a la persona que llegue a ser legataria, de cuidar a la testadora y a su esposo, en todo lo que les sea necesario hasta el momento del fallecimiento de ambos. La trasmisión de la propiedad no se producirá hasta la muerte del donante. Nuestra mejor doctrina enseña hoy que en estas donaciones la muerte se presenta como un elemento estructural de las mismas, la donación se hace en contemplación de la muerte del donante y la muerte actúa como en el testamento, como momento y presupuesto de su eficacia. Sufriendo ambos demencia senil e incumpliendo la beneficiaria de la donación, la imposición de la condición de la donante".

Por lo que, aporta el autor BUSTOS LAGO⁶⁷⁶: "las personas que no están obligadas a prestar alimentos, son llamados a la herencia del

⁶⁷⁶BUSTOS LAGO, J. M., (Coord. Álvarez Barbeito, P., et al.) (2007). "Código Civil", en AA.VV., *Derecho de Sucesiones. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia. Aspectos civiles, procesales y fiscales* (1ª Ed.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 100.

discapacitado y no le han prestado las atenciones o cuidados que hubiese requerido”. Por tanto, ante una situación como menciona la sentencia y aporta el autor, tanto en la donación, como en el testamento, cuando el testador tiene plena confianza con esta tercera persona, e, incumple “las atenciones debidas”, es perfectamente aplicable el art. 756.7º C.c.

2.1. La indignidad para suceder en el artículo 756.7º del Código civil como elemento sancionador

Al respecto, entendemos que es un elemento sancionador, puesto que el art. 13 de la L.P.P.D., señala: “Se añade una disposición adicional cuarta en el Código Civil. La referencia que a personas con discapacidad se realiza en el artículo 756 C.c., se entenderá hecha en el concepto definido en la Ley de Protección 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”. Lo que implica que su finalidad, es sancionar a las personas que en su momento han actuado, no prestando las atenciones debidas a la persona discapacitada en el momento en que estaba en vida.

Por otra parte, en lo que se refiere al contenido del art. 756.7º C.c., entiende la autora MINGORANCE⁶⁷⁷: “que no expresa el artículo quiénes son los que deben prestar esas atenciones y hasta que límites han de

⁶⁷⁷ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., (Dir. Lasarte. C.,) (Coord. Moretón, Mª. F., et al.) (2005). “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*. Madrid: Idadfe, uned y el derecho editores, p. 675.

hacerlo”. Por lo que, en nuestra opinión tras la reforma del art. 756.7º C.c., debería de haber sido más explícito el legislador en el contenido del precepto.

Por otro lado, refiriéndose a la modificación de la L.P.P.D., BOLÁS⁶⁷⁸ entiende: “que es indigno para suceder⁶⁷⁹, tanto por testamento, o, abintestato, quien no haya prestado alimentos al causante. Entendiendo por alimentos la obligación de prestar sustento, habitación, vestido y asistencia médica⁶⁸⁰”, como manifiesta el autor, estas son las causas de indignidad para suceder a la personas con discapacidad.

Por lo que, entendemos que es un derecho protector para las personas con discapacidad, de esta forma lo constatan los autores DIEZ PICAZO y GULLON⁶⁸¹ : “pues entienden que se trata de proteger los derechos de los discapacitados a recibir alimentos. El juicio que merece no es enteramente favorable, es lo cierto que entre las causas de indignidad, el C.c., sólo situó actos especialmente graves y que el incumplimiento de la obligación de alimentos no está previsto en ningún otro caso, cuando, lógicamente, las

⁶⁷⁸ BOLÁS, J., “Comentarios a la exposición de motivos”. Op. Cit., p. 977.

⁶⁷⁹ En este sentido, cabe señalar la S.A.P. Burgos 6 de junio núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757, en su Fundamento de Derecho Segundo, realiza una interpretación restrictiva, quien debe prestar las atenciones debidas a la persona discapacitada al señalar: “En este marco de interpretación restrictiva es el que debe valorarse, a los demandados, tío y primos”. Así mismo cabe añadir al cónyuge, ascendientes, o, descendientes, en este caso la sentencia se reafirma en el art. 143 C.c., aunque podemos añadir los arts. 943-955-956 C.c.

⁶⁸⁰ Refiriéndose el autor a los arts. 142 y 146 C.c. De la misma forma, manifiesta TRINCHANT BLASCO, C., (2009). “Sucesiones”, en AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre Civil 2010*. Madrid: Francis Lefebvre, p. 767, al señalar: “ Debe entenderse por atenciones debidas, todo lo que subyace en el término legal “alimentos”, es decir, todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de la persona discapacitada”.

⁶⁸¹ DIEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. IV) (10ª Ed.). Madrid: Tecnos, pps. 307-308.

razones para establecer la indignidad serían las mismas, cualquiera que fuera acreedor de los susodichos alimentos”. Por tanto, entendemos que el legislador tendría que ampliar más las causas de indignidad para proteger a las personas discapacitadas.

Por lo que, nos interesa es su sanción civil atendiendo a estas causas, puesto que el elemento principal es la actuación de la persona indigna para suceder. Atendiendo a la sanción civil que concierne a las personas que no prestan las atenciones debidas a las personas discapacitadas, la doctrina entre los autores cabe mencionar al autor PÉREZ DE VARGAS⁶⁸² que aporta: “A lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la indignidad, la doctrina y la jurisprudencia, coinciden- de acuerdo con el anterior planteamiento objetivo- en configurarla como una verdadera pena privada (sanción civil) que los ordenamientos jurídicos imponen al indigno como consecuencia con la vituperable conducta de éste para con el causante”. Por lo que, tenemos que pensar que en nuestro caso es una persona con discapacidad, y que tenga necesidad de unas atenciones debidas, pues puede ser un elemento indispensable incluso para su subsistencia.

⁶⁸² PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., (2004/05). “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del Código Civil. Breve referencia a los poderes preventivos”, en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05*. (tomo XVI) (Vol. 2). Albolote (Granada): Comares, p. 157. FERRANDO NICOLAU, E., (Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “Etapas de la adquisición de la herencia (I)”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho, p. 255, al señalar: “La indignidad es, pues, una sanción civil”. PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p.144, al señalar: “de una sanción frente a la desprotección o abandono sufrido por el discapacitado”, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 676, al señalar: “una sanción a una conducta que No es debida”. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 108, al señalar: “se trata de una medida sancionatoria que se impone a concretos sujetos a causa de un comportamiento, en su relación con el discapacitado, determinante de una situación de desatención o abandono reprochable”.

Por otra parte, como elemento objetivo en acto “mortis causa” de la indignidad para suceder, al respecto aporta el autor LACRUZ BERDEJO⁶⁸³: “Hoy persiste esa sanción de actos cometidos contra el difunto: al que le ha ofendido mediante actos taxativamente determinados por la ley”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar la S.A.P. Burgos 6 de junio núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “Se configuran no como una vía de premiar al que, entre los posibles herederos abintestato del causante, mejor se ha portado con él, sino la de excluir, a modo de sanción o pena civil, a aquellos que incurren en algunas de las conductas, reprochables que el precepto prevé como causas de indignidad, que como quiera, que es norma general la capacidad y la dignidad”. Por lo que, entendemos que es una sanción al presunto heredero de la persona con discapacidad, puesto que debería de haber atendido a sus “necesidades vitales” estando éste en vida.

2.2. La causa de indignidad para suceder es testamentaria o abintestato

Referente a esta cuestión, la (E.M.VII a) de la L.P.P.D., señala: “Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato”, con la consiguiente laguna legislativa, por lo que nos tendremos que remitir al art. 13 de la L.P.P.D., que señala: “Se añade una disposición adicional cuarta en el Código Civil. La referencia que a

⁶⁸³LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil*. (V). (4ªEd.) revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., Dykinson: Madrid, p. 59.

personas con discapacidad se realiza en el artículo 756 C.c., se entenderá hecha en el concepto definido en la Ley de Protección 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”. Por lo que, el art. 756.7º C.c., no expresa sí debe ser por medio testamento o abintestato. Pero, sí la Jurisprudencia lo aclara en la S.T.S. 28 de febrero 1947 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Desconocido) RJ 1947\337, en su Tercer Considerando, que señala: “las causas de indignidad, determinantes de la incapacidad para suceder, por estar reguladas en el Código Civil bajo la rúbrica “De la capacidad para suceder con testamento o sin él”, y siguiendo adicionalmente la autora aporta CASTILLO MARTÍNEZ⁶⁸⁴ : “Este es el único caso en que el legislador impone una consecuencia que afecta al patrimonio hereditario de la propia persona con discapacidad”, refiriéndose la autora tanto a la herencia en testamento, como al abintestado.

Una vez hemos aclarado que las causas de indignidad para suceder pueden ser testamentarias o abintestato, debemos saber que personas tienen derecho a prestar “las atenciones debidas” a las personas con discapacidad, al respecto, la autora MINGORANCE⁶⁸⁵ aporta: “el derecho a la herencia⁶⁸⁶, se refiere a quienes tienen ese derecho por imposición legal ya sea como herederos forzosos-legitimarios-, ya sea como herederos intestados⁶⁸⁷. Y entendemos incluidos a los herederos testamentarios⁶⁸⁸,

⁶⁸⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 108.

⁶⁸⁵ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 675- 676.

⁶⁸⁶ Art.756.7º C.c.

⁶⁸⁷ Aplicándose el art. 914 C.c.

porque para saber que estos tienen derecho a la herencia se precisa: a) que el discapacitado, tiene que ser atendido⁶⁸⁹ haya testado designándolos herederos, y b) que fallezca”.

Por lo que, debemos atender a los herederos abintestados y a los testados, más concreto es el autor BOLÁS⁶⁹⁰ aportando: “si la sucesión es intestada, el llamado por hipótesis será pariente y en caso de los herederos testados, puede suceder que una vez otorgado el designado heredero abandone al testador o testadora y no pueda cambiarse el testamento por sobrevenir la discapacidad intelectual de quien lo otorgó”. Por lo que, atendiendo al primer caso que aporta el autor, serán todos los legitimarios llamados a la herencia que no prestarían “las atenciones debidas” al testador por su discapacidad intelectual estando éste en vida, y, en el segundo caso que expone el autor entendemos que una vez realizado el testamento, los herederos se desentienden del testador, necesitando de “las atenciones debidas” de los nombrados herederos de éste antes de estar discapacitado intelectual, pudiendo darse el caso del tío hermano de la madre que en su día nombró heredero solamente aun sólo sobrino cuando no tenía la discapacidad intelectual, pues éste a su vez tiene dos sobrinos más los cuales no los nombró herederos, y el único heredero no le atiende en sus “atenciones debidas”, por lo que serían estas dos causas mencionadas por el autor, de indignidad para suceder.

⁶⁸⁸ Por lo que, entiende el autor que son todos los herederos testados PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del Código Civil. Breve referencia a los poderes preventivos”. Op. Cit., p. 181. : “la nueva causa de indignidad pudiera también tener lugar en el marco de la sucesión testada (instituidos como herederos o legatarios que no sean persona obligadas a prestar alimentos al discapacitado)”. Por lo que, también se aplica al legatario la indignidad, como señala el art. 789 C.c.

⁶⁸⁹ Art. 765. 7º C, c., con remisión a los arts. 142-146 C.c.

⁶⁹⁰ BOLÁS, J., “Comentarios a la exposición de motivos”. Op. Cit., p. 977.

Otra situación que podría ocurrir ante el desconocimiento de los herederos intestados, de la persona con discapacidad como aporta el autor SERRANO GARCÍA⁶⁹¹: “Es perfectamente posible ser llamado a la herencia de alguien a quien no se conoce (el “tío de América”), de quien como ni siquiera se sabía su existencia, también se desconocía si necesitaba atenciones o no, y añade, los llamados a la herencia, siguiendo la opinión que no comparto, son indignos, como la herencia que iría a parar al Estado, que tampoco ha atendido a quien precisaba de atenciones”. Por lo que, opinamos que el legislador hubiera tenido que ser más explícito en los herederos abintestato y sus causas para merecer la pena civil de indigno, por lo que entendemos que sí tendrían que ser herederos los intestados en este caso previa modificación del C.c., que por la distancia desconocen la existencia del causante que en su día no realizó el testamento.

En otro orden de cosas, la causa de indignidad para suceder, como menciona la doctrina, entre los autores cabe citar a la autora MINGORANCE⁶⁹² que aporta: “esto es de entender que no han cumplido con el “deber moral” de las atenciones”. Por tanto, entendemos que existen otras razones, aparte del Derecho positivo, y especialmente en el Derecho civil, unas razones morales, tanto a efectos de herederos testados o abintestados indignos para suceder, que nuestro legislador lo plasmó en nuestro Derecho civil.

Por otro lado, nuestros tribunales, atienden a las relaciones subjetivas entre el discapacitado y sus herederos, al respecto cabe mencionar la S.A.P.

⁶⁹¹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 556.

⁶⁹² MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 675. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 379, serán: “por razones de tipo ético”.

León 29 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904, en su Fundamento de Derecho Cuarto, al señalar: “Otra cosa es la valoración moral que pueda hacerse de su conducta en relación con el cuidado de un pariente consanguíneo próximo (lo que tampoco se puede ponderar con pleno conocimiento al desconocerse las relaciones particulares existentes entre todos ellos o conflictos que pudieron surgir)”.

Por lo que, al mismo tiempo debemos pensar cuando no existen herederos legitimarios o abintestados, sí que existe un heredero será el Estado, que el legislador no pensó en contemplar “las atenciones debidas”, por alguien ajeno al testamento, como aporta la autora MINGORANCE⁶⁹³: “Podríamos ir más allá, por entender esta causa de indignidad a los herederos intestados, estamos incluyendo a sujetos que no tienen deber de prestar alimentos entre sí, pues recordemos que mientras la sucesión intestada abarca hasta el Estado”. Por lo que, el autor PÉREZ DE VARGAS⁶⁹⁴ estima que son: “atenciones debidas” hubiera de entenderse “atenciones pertinentes” o “atenciones necesarias”. En este caso como menciona el autor “atenciones necesarias” a la persona con discapacidad, si no las presta el heredero que sería el Estado en última instancia al no existir más herederos testamentarios o abintestados, éste sería indigno de suceder y por tanto el legislador tendría que modificar el C.c. Pudiendo darse el caso que una persona mayor con un grado de discapacidad física,

⁶⁹³ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 676, como estima SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 555.: “Hay que limitar la indignidad a quienes tienen la obligación legal de prestar alimentos, o bien extender la nueva indignidad a todos los que pueden ser llamados a la herencia”.

⁶⁹⁴ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del Código Civil. Breve referencia a los poderes preventivos”. Op. Cit., p. 171.

psíquica o mental, como señalan las normas contempladas en este estudio y en especial la L.P.P.D.⁶⁹⁵, tanto el Estado como las C.C.A.A., como herederos subsidiarios, opinan que no necesita “atenciones necesarias” y esta persona fallece por esta causa, opinamos que tanto el Estado como sus respectivas C.C.A.A., serían indignas de suceder.

2.3. Los elementos que diferencian la capacidad para ser indigno de suceder

Al respecto, se tiene que ver si la persona con discapacidad si tenía, o, no suficiente patrimonio, para haber tenido “las atenciones debidas”, y si el discapacitado tiene suficiente patrimonio o no para recibir “las atenciones debidas”, al respecto el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁶⁹⁶ : “entiende que no estamos hablando únicamente de los gastos necesarios para proporcionarle esas atenciones o sólo estaremos refiriendo al caso de que el discapacitado no tenga bienes, porque si los tuviere (y en éste supuesto es necesario para que exista indignidad en la sucesión de los mismos) será con ellos con los que se habrán sufragado esas necesidades con lo que no se habrá dado supuesto alguno de indignidad, además el autor diferencia dos situaciones: a) que tenga lugar la causa de indignidad en una época en que el discapacitado no tenía bienes y estos ingresarán en

⁶⁹⁵ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100;b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

⁶⁹⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., (Dir. Santos Urbaneja F.) (2006). “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, en AA.VV., *Discapacitado, patrimonio separado y legitima*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 237.

su patrimonio en un momento posterior; b) Que el discapacitado tuviese bienes en el momento de producirse la indignidad y en el momento de su fallecimiento, pero que estos bienes fueren suficientes para satisfacer sus necesidades en la cuantía”, y siguiendo adicionalmente, se pronunció la S.A.P. León 29 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904, en su Fundamento de Derecho Cuarto, al señalar: “La ley 41/2003 recoge en su Exposición de Motivos que la finalidad que inspira dicha legislación es proteger y evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo. Esta situación no se produjo en el caso de la progenitora de los litigantes porque no había sido declarada incapaz (aunque las dolencias que presentaban bien hubieran justificado tal declaración) y no estuvo desatendida, entre otras cosas por la atención que le prestaron los apelantes, a la situación económica de aquella y la forma en que se atendieron los pagos necesarios. Atendiendo a los cuidados personales que precisaba la citada, no consta dejasen en situación de desamparo, ya que conocían que tenía recursos económicos suficientes para atender las necesidades básicas”.

Por tanto, nuestra conclusión es que se debe apreciar si una persona con discapacidad tiene herederos legitimarios, tanto testados como abintestato, y, si tiene suficientes recursos la persona con discapacidad para gestionarse bien y así atender las necesidades básicas de la persona, aunque no tengan una buena relación con la persona con discapacidad, por lo que entendemos que no tienen que ser declarados indignos, como en el

caso de que exista un tutor⁶⁹⁷, o, que uno de los herederos se encargue de gestionar el patrimonio, contando con los otros herederos.

2.4. Las diferencias entre discapacitado e incapacitado judicial en la indignidad

Por tanto, como en su momento habíamos estudiado diferenciando las figuras jurídicas de discapacitado e incapacitado judicial, también existen diferencias en la indignidad, por lo que nos remitimos al art. 13 de la L.P.P.D., que señala: “Se añade una disposición adicional cuarta en el Código Civil. La referencia que a personas con discapacidad se realiza en el artículo 756 C.c., se entenderá hecha en el concepto definido en la Ley de Protección 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”. Por lo que, a su vez tenemos que ver las causas de discapacidad en el art. 2.2º.3º de la L.P.P.D., que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. 3. El grado de de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente (lo que remite a las unidades técnicas de valoración de los servicios autonómicos

⁶⁹⁷ Al respecto cabe mencionar, la S.A.P. Burgos 6 de junio, núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “de carácter asistencial personal, por el tutor, entre cuyas obligaciones estaban en prestarlas”.

competentes) o por resolución judicial⁶⁹⁸”, y siguiendo adicionalmente, los preceptos anteriormente mencionados la autora PEREÑA VICENTE⁶⁹⁹ aporta la diferencia entre discapacitado e incapacitado judicial: “en atención al primer supuesto, el destinatario de la reforma es el discapacitado y no el judicialmente incapacitado. Por lo que, no es posible, por tanto, declarar indigno al que no haya prestado alimentos al incapacitado judicialmente, sólo al que se los haya negado al discapacitado”. Por tanto, entendemos en la figura jurídica del incapacitado judicial, no discapacitado por lo que no se aplicara la L.P.P.D., aparte de que tendría un tutor o curador. Por otro lado, sería diferente sí es la persona discapacitada con una minusvalía “física o sensorial” o incluso, “psíquica” o, puede ser que el discapacitado sea al mismo tiempo incapacitado judicial en este caso se aplicaría la norma⁷⁰⁰. Por otra parte, puede que la persona no está incapacitada judicial (por lo que no será formalmente) pero sí esta discapacitada en este caso también se aplicaría la norma, aunque las causas de la no incapacitación judicial serían de sus padres, padre o familiares, puesto que influyen varios factores para no

⁶⁹⁸ Como muy bien expresa, el autor BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 100. : “Parece razonable pensar que se habrá incumplido la condición de prestar las atenciones debidas, de manera que se habrá incurrido en causa de indignidad para suceder tanto en aquellos casos en los que siendo una de las personas sobre la que recae la obligación legal de prestar alimentos “atenciones” a la persona aquejada de discapacidad no se ha prestado voluntariamente, viéndose obligado el discapacitado a solicitar su prestación judicial”, en este caso si la persona no está discapacitada para realizar testamento puede declararlos indignos, aquellas personas que puedan sucederle, o, bien si es abintestato, y existe una causa, mediante resolución judicial no podrá sucederle por ser indigno.

⁶⁹⁹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 145.

⁷⁰⁰ Art. 2.2º de la L.P.P.D.: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

incapacitarlo judicialmente: la vergüenza de incapacitar al familiar y la desconfianza de parte de los familiares hacia los jueces y los tribunales, y la insuficiencia de medios en el poder judicial, y la descoordinación de los medios asistenciales de la Administración.

Por tanto, como aporta el autor SERRANO GARCÍA⁷⁰¹ : “Tiene que haber un causante discapacitado⁷⁰² (no necesariamente incapacitado, aunque puede concurrir incapacitación con la discapacidad)⁷⁰³”, y además manifiesta el autor, “cuando, además de discapacitado, el sujeto está judicialmente incapacitado, puede tener testificación activa o carecer de ella⁷⁰⁴”.

Por lo que, como anteriormente mencionamos, la diferencia en el caso de la indignidad para suceder respecto a la persona discapacitada no estando incapacitada judicial, se aplicaría lo que se enumera en el art. 143

⁷⁰¹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 559.

⁷⁰² Es este caso, cabe mencionar la S.A.P. León 29 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904, en su Fundamento de Derecho Segundo y Cuarto, señala: “Sra., que se encontraba con alzhéimer y una limitación o minusvalía importante de 99% como así se reconoció por el organismo competente. La Ley 41/2003 recoge en su Exposición de Motivos que la finalidad que inspira dicha legislación es proteger y evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo”.

⁷⁰³ Es este sentido, cabe señalar la S.A.P. Burgos 6 de junio, núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “ Sra., diagnosticada de Esquizofrenia con intenso deterioro mental de 13 de septiembre de 1991 del Ministerio de Asuntos Sociales por presentar enfermedad mental, esquizofrenia residual y alteración de la columna con limitación funcional por escoliosis; declarada incapaz”.

⁷⁰⁴ Por lo que, cabe mencionar la S.A.P. Zaragoza 30 de diciembre, núm. 736/2005 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) JUR 2006\41562, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “incapacidad mental para otorgar testamento ha de referirse al momento mismo de su otorgamiento, sin que la declaración de incapacidad posterior al testamento pueda probar que al otorgarlo estuviera privado de razón para hacerlo”.

C.c., mientras en la figura de la persona discapacitada e incapacitada judicial, la gestión recaería sobre sus representantes legales o el tutor, como estuvimos estudiando.

Por otra parte, sobre los efectos testamentarios de una persona discapacitada declarada incapaz, los efectos serían desde cuando se realizó el testamento, y no cuando fue declarado incapaz, en este sentido serían indignos de suceder los legitimarios del testador.

2.5. La dispensa en el caso de indignidad para suceder

En este caso, nos tenemos que remitir al art. 757 C.c., y ver si es de aplicabilidad al art. 756.7º C.c.

Por otra parte, como habíamos comentado anteriormente la doctrina está a favor de la aplicación tanto del testamento del discapacitado, como de los abintestatos⁷⁰⁵, en este sentido la Jurisprudencia distingue los herederos legitimarios y los herederos abintestatos, pronunciándose la S.T.S. 7 de marzo 1980 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jaime De Castro García) RJ 1980\845, en su Considerando Segundo, al señalar: “la jurisprudencia distingue entre los herederos legitimarios, que actúan “ex iure proprio” y los restantes sucesores por delación voluntaria o intestada”.

⁷⁰⁵Como aporta, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p.562.: “La indignidad opera tanto en la sucesión testada como en la intestada”.

Por otro lado, puede que la persona con discapacidad recupere la capacidad, pudiendo en este momento dispensarse la indignidad para suceder, o, no respecto a sus herederos legitimarios⁷⁰⁶.

Por lo que, la autora MINGORANCE⁷⁰⁷ entiende: “que existe una dificultad añadida, ya que el concepto de discapacitado que nos da L.P.P.D., podemos incluir tanto a las personas que tiene la plena capacidad de obrar como otras que pueden tenerla limitada”.

Por tanto, debemos distinguir dos tipos de formas en el testamento de la persona discapacitada: a) tácita⁷⁰⁸ por lo que es preciso que haya existido testamento en el momento que era capaz, y al otorgamiento del testamento se hubiese producido la causa de indignidad y el testador tuviese

⁷⁰⁶ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 239, entiende que: “hay que tener en cuenta que estamos ante un supuesto de recuperación de capacidad por parte del causante de la herencia ya que, de un lado, esta discapacidad le habrá sido exigida para otorgar testamento, y, de otro, al tiempo de otorgarlo ya se tenía que haber producido la indignidad, para lo que es absolutamente necesario que ese causante hubiese tenido la condición de discapacitado ya que la causa de esta indignidad es la no prestación de alimentos precisamente a un discapacitado, y añade, primero será una recuperación de la discapacidad por parte del causante, será necesaria la discapacidad para que pueda concurrir las causas de indignidad y después la capacidad del mismo”.

⁷⁰⁷ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 677. Por tanto, la autora se refiere al art. 2.2º de la L.P.P.D., que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

⁷⁰⁸ Por lo que, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 561, entiende como tácita: “en el discapacitado, pero con testamentifacción activa (puede ser un discapacitado no incapacitado o un incapacitado en sentencia que no contiene “pronunciamiento acerca de su capacidad para testar” (art. 665 C.c.) y consiste en otorgar testamento a favor del indigno sabiendo la causa que le declara indigno”.

conocimiento; b) explícita⁷⁰⁹, por lo que sería aplicable el art. 757 C.c., que determina que el causante de la herencia realice una remisión de forma explícita en documento público de los actos que trata el art. 756.7º C.c.

Por tanto, el autor SERRANO GARCÍA⁷¹⁰ se plantea sí la persona con discapacidad si cabe la rehabilitación tácita en la sucesión intestada y entiende: “se trataría del caso en que un discapacitado que teniendo derecho a alimentos no los recibe del alimentista y no testa a favor de otros para impedir que suceda el indigno, pero tampoco remite la causa de indignidad en documento público”.

Aunque existe alguna autora que solamente atiende a la rehabilitación expresa como entiende la autora MINGORANCE⁷¹¹: “la rehabilitación del indigno está pensada para ser realizada en la sucesión testamentaria”.

Por otra parte, el autor LACRUZ BERDEJO⁷¹² puntualiza diversos elementos en la rehabilitación: “el primer elemento es la rehabilitación tácita: como todo, la revocación de una voluntad fundada en el perdón de la ofensa no debería ser meramente arbitraria, y respecto al segundo elemento que atañe a la restitución de la capacidad sucesoria no es esencialmente, un acto mortis causa por lo que, la declaración expresa de rehabilitar, pese a tenor del art., 757 C.c., vale sin duda, para la sucesión intestada. Aunque el

⁷⁰⁹ Por lo que, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 561, entiende como expresa o explícita: “debiendo constar en documento”.

⁷¹⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 561- 562, basándose el autor en los artículos, de la Ley de sucesiones aragonesa (art. 17) y Código de sucesiones catalán (art. 14.2) ambos derogados.

⁷¹¹ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 677.

⁷¹² LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 62.

autor en la declaración expresa de rehabilitar presupone una causa de indignidad ya producida, por lo que será posterior al testamento. Por otro lado, el autor duda tanto en la rehabilitación tacita, como en la testamentaria (en este caso consideramos que el autor aun duda de la capacidad de la persona)”.Por tanto, puede ocurrir que una persona con discapacidad, pero no incapacitada judicial para realizar testamento,(pero después lo incapacitan parcialmente y expresamente para este acto) no lo realiza y decide que le administren su dinero como cotitular de su cuenta bancaria, y, en documento privado expresa su deseo, que ese dinero que se utilice para sus necesidades básicas, y, el cotitular de la cuenta bancaria lo utiliza para otros fines, y, pasado un tiempo la persona con discapacidad e incapacitada judicial recupera la capacidad, es posible que a posteriori lo pueda declarar indigno en documento público.

Nuestra conclusión, al respecto cabe la posibilidad de la aplicación de la dispensa en este supuesto de discapacidad, siempre que recupere la capacidad la persona, y siempre que sea el acto “inter vivos”, y que no vuelva a incurrir en la misma causa⁷¹³.

⁷¹³ Como expresa, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 239. : “que el sucesor no vuelva a repetir su actitud anterior y sí preste las “atenciones debidas” al causante, en cuyo caso valdrá la remisión efectuada con anterioridad”, este puede ser el caso que el discapacitado, adquiera capacidad y luego en un tiempo determinado tenga otra vez la discapacidad y que reincida en la causa de indignidad, el sucesor por no prestar “las atenciones debidas” con lo cual éste habrá recaído nuevamente en la en indignidad.

2. 6. *El derecho de acrecer de los legitimarios tras la declaración de indignidad*

Al respecto, la doctrina entre ellos cabe citar al autor CARRAMOLINO⁷¹⁴ que define el acrecimiento: “En sentido propio o técnico jurídico, el acrecimiento sólo tiene lugar en el ámbito sucesorio, produciendo la consecuencia de que la cuota del heredero o legatario que acepta la herencia se incrementa con la porción vacante de un coheredero o colegatario llamado conjuntamente que no ha podido heredar”. Por tanto, entendemos que sería de aplicabilidad el art. 982.2º C.c.

Por otro lado, puede existir otra causa de acrecer como aporta el autor BOSCH⁷¹⁵: “en el acrecimiento testamentario, esta comunidad está únicamente en formación, es decir, el derecho al que han sido llamados varios sujetos de manera conjunta o solidaria no ha sido adquirido por alguno de ellos, a consecuencia de incapacidad (art. 982 C.c.)”. Al respecto, estamos en desacuerdo con el autor puesto que el heredero tiene

⁷¹⁴CARRAMOLINO GÓMEZ, C., (Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “La sucesión intestada, la contractual, otras figuras sucesorias”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho, p. 478. DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., pps. 312- 314.: “Se califica como acrecimiento el efecto que se produce cuando cualquiera de los llamados no puede aceptar, pues la cuota de los aceptantes sufre una expansión. De ahí que hable siempre del derecho de acrecer; que se refiera a “la porción del vacante instituido” (art.986 C.c.)”.

⁷¹⁵ BOSCH CAPDEVILA, E., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “El concepto de derecho de acrecer”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo) (1ª Ed.). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, p. 684.

sus representantes legales o su tutor, si tendrá derecho de acrecer, otra cosa sería la incapacidad a la que atienden los arts. 745, 755, 756 y 985 C.c.

Por tanto, los arts. 984 y 982.2º C.c., son de aplicabilidad al art. 756.7º C.c., por lo que también lo corrobora la S.A.P. Burgos 6 de junio, núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “que se declare que el único heredero digno de suceder a la Sra., es D., esto es habiendo reconocido como único heredero al actor, la parte de la herencia de los demandados allanados debe pasar a D., por reconocerle como único heredero digno de suceder”, y siguiendo adicionalmente a la sentencia que denomina “heredero” al coheredero con derecho acrecer el autor BOSCH⁷¹⁶ aporta: “que el campo de actuación del acrecimiento es más propio del testamento”. Aunque algún autor entiende que el derecho de acrecer puede actuar abintestato al respecto cabe citar al autor LLOBET⁷¹⁷ que sostiene: “el derecho de acrecer opera en la herencia intestada”, esto no implica que se extienda a otras formas jurídicas, como por ejemplo en la donación, como muy bien aporta el autor BOSCH⁷¹⁸: “pero tiene aplicación también en la esfera inter vivos, como por ejemplo en la donación (art. 637 C.c.)”. Por otra parte, también debemos señalar que opera la causa de indignidad, en la donación en el acto “mortis causa”, a tal efecto cabe citar la S.A.P. Tarragona 10 de junio núm. 208/2009(Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Galán Sánchez) AC 2009\1638, en su Fundamento Jurídico Segundo, señala: “constituyó una donación mortis causa respecto de la cual disponía el artículo 392 de la

⁷¹⁶ BOSCH CAPDEVILA, E., “El concepto de derecho de acrecer”. Op. Cit., p. 680.

⁷¹⁷ LLOBET AGUADO, J., (Coord. Rogel Vide, A.) (2006). “Fases de adquisición hereditaria”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones*. Manuales Básicos (MANUBAS). Mataró (Barcelona): Cálamo, p. 37.

⁷¹⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., “El concepto de derecho de acrecer”. Op. Cit., p. 680.

Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por la causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, que “Las donaciones por causa de muerte, y de indignidad sucesoria declarada por el donatario; al derecho de acrecer entre los donatarios”. Por lo que, entendemos que cabe aplicarse los arts. 982.2º-756.7º C.c.

Nuestra conclusión sobre la modificación del art. 756.7º C.c., por una parte, el legislador tendría que haber extendido más el concepto “de las atenciones debidas” de la persona con discapacidad, no solamente a los alimentos, también a las prestaciones como cuidados, convivencia, y, con una ocupación muy especial a la persona discapacitada que deben de cumplir sus legitimarios, puesto si un legitimario no cumple con “las atenciones debidas”, se dará el derecho de acrecer a los demás legitimarios.

3. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

Mediante la publicación de la L.P.P.D., se modificó el art. 822 C.c., configurando la protección patrimonial directa con el trato favorable en las donaciones o legados del derecho de habitación⁷¹⁹, para las personas con discapacidad⁷²⁰ siempre que sean legitimarias y que convivan con el

⁷¹⁹ Al respecto, el autor CASTAN TOBENAS, J., (1978). *Derecho Civil Español Comun y Foral*. (1 tomo) (Vol. II). Madrid: Reus, p. 73, define el derecho de habitación: “En el Derecho moderno, la habitación se asimilado al derecho de uso”.

⁷²⁰ Debemos recordar que para tener una persona discapacidad, tenemos que remitirnos al art. 2.2º de la L.P.P.D. que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”, y siguiendo adicionalmente cabe

donante o testador, aunque la L.P.P.D., no dispone un plazo mínimo de duración de la convivencia en la vivienda habitual⁷²¹, que es objeto de este derecho. Por tanto, como sea mencionado para que la persona tenga el derecho de uso y habitación, tiene que tener discapacidad, al respecto la autora DÍAZ ALABART⁷²² se pregunta dos cuestiones: “ la primera es en el supuesto de que una persona, no llegue a ninguno de esos porcentajes independientemente, pero sumando la discapacidad física con psíquica, pueden surgir dudas a efectos de esta Ley, y por lo que respecta a la aplicación del art. 822 C.c., la autora parte del principio de protección de las personas con discapacidad y su computo de discapacidad lo que estima favorable”. Por lo que, entendemos que una persona puede tener dos o los tres grados de discapacidad, bien física y sensorial, física o psíquica, por

mencionar a la autora DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 95, que aporta: “Ha de ser una persona con discapacidad (no es preciso que éste incapacitada), de acuerdo con el concepto de discapacidad que nos ofrece la propia Ley 41/2003 en su art. 2.”, lo que implica que no es necesario que la discapacidad haya provocado su incapacitación, o independientemente de ello, sólo será de acorde la discapacidad respecto al art. 2 de la L.P.P.D.

⁷²¹ Por lo que, el autor BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”, p. 159, sostiene: “En cuanto al ámbito y la extensión del derecho de habitación así constituido ha de estarse a la regulación legal de este derecho real y a la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y aplica, especialmente relevante en la determinación de la extensión a las personas que normalmente deban vivir en compañía con el donatario o legatario discapacitado”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar la S.T.S. 26 de julio, núm. 808/2001 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) RJ 2001\8427, en su Fundamento de Derecho Quinto, señala: “en cuanto a los conceptos de “necesidad” y de “familia”, parece que la normativa legal reconduce ambos contenidos de satisfacción de necesidades primarias o subsistencia, noción de “familia” como componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia”.

⁷²² DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., pps. 95-94.

tanto se atendería a la suma de los grados que señala la L.P.P.D.⁷²³. Y la segunda cuestión que se plantea la autora es “en el momento que se realice la donación la persona no tiene todavía la discapacidad, en el momento del fallecimiento del donante, en este caso no sería aplicable el art. 822 C.c., quedando, la donación al régimen general”. Por lo que, entendemos que surtirían los mismos efectos cuando el donante otorgó la donación un año antes de la promulgación de la L.P.P.D.⁷²⁴

Por lo que, nos preguntamos, ¿en qué momento surte efecto el derecho de uso y habitación si aún la persona no tiene un grado de discapacidad? Ante esta cuestión el autor GALVÁN⁷²⁵ aporta: “la discapacidad ha de concurrir en el momento de la apertura de la sucesión”. Al respecto, entendemos que también puede existir otra circunstancia que sería la condición resolutoria si la persona adquiere la discapacidad.

En otro orden de cosas, la doctrina critica la protección de la persona discapacitada en la L.P.P.D., y por otro lado el desamparo total al incapacitado judicial que no tiene discapacidad, entre los autores cabe citar al autor BUSTOS LAGO⁷²⁶ que aporta: “en su art. 2.2 (de la L.P.P.D.), resulta irrelevante el concepto civil de incapaz-, al otorgarse un trato de

⁷²³ Como señala el art. 2.2º de la L.P.P.D.: “A los efectos de esta Ley tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

⁷²⁴ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Por tanto, este derecho hereditario legal de habitación, que se recoge por primera vez en el año 2003, no debe nacer en cualquier delación hereditaria anterior a su vigencia”.

⁷²⁵ GALVÁN GALLEGOS, A., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Las donaciones colacionables en el Código Civil”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (1ªEd.): Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 1818.

⁷²⁶ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 159.

favor las donaciones o legados que tengan por objeto un derecho de habitación constituido a favor de las personas con discapacidad”, y siguiendo adicionalmente se pronunció la Jurisprudencia en la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Primero y Segundo: “planteando como único motivo de apelación, la cuestión jurídica relativa a la aplicación en el presente supuesto, del artículo 822 C.c., redactado conforme a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, discapacitado con una disminución de su capacidad de un 65%, se otorga al disminuido psíquico”.

Por tanto, nuestra conclusión será que para poder acceder al derecho de uso y habitación tiene que ser una persona discapacitada, por lo que tiene que estar dentro de los parámetros de discapacidad del art. 2 de la L.P.P.D., por otro lado consideramos discriminatorio que una persona que bien tenga una discapacidad tanto física, sensorial o psíquica, o la suma de ambas o las dos discapacidades, no alcance el grado que menciona el art. 2 de la L.P.P.D., no pueda acceder al derecho de uso y habitación, pues esta persona puede tener esta necesidad, por lo que el legislador tendría que atender a estas situaciones modificando la L.P.P.D., siempre atendiendo a la persona que no tiene un grado de discapacidad suficiente y no puede prescindir de esta necesidad.

3.1. Las formas de aplicación del derecho de uso y habitación

El art. 822 C.c., distingue dos posibilidades para su aplicación: 1º que el discapacitado necesite la vivienda y tenga convivencia, en el caso de

donación “inter vivos”, y 2º mediante el derecho de habitación que surge por ministerio de la ley a efectos testamentarios⁷²⁷, Por lo que, se tendrá que atender a sus diferentes formas de aplicación:

a) Una vía de aplicación del derecho de uso y habitación, sería de forma voluntaria por medio del negocio jurídico “inter vivos”⁷²⁸, como se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 26 de julio núm. 808/2001 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) RJ 2001\8427, en su Fundamento de Derecho Quinto, señala: “si en la dogmática moderna en su aplicación a la vida comunitaria y negocial, es posible mantener el uso, opera (en especie “inter vivos” frente a la general “mortis causa”), en cuanto a los conceptos de “necesidad”, parece que la normativa legal reconduce ambos a contenidos de satisfacción de necesidad primarias de subsistencia”. Por lo que, implica que la donación además de ser voluntaria puede operar para los efectos de necesidad, y para satisfacer la subsistencia de la persona con discapacidad.

Por tanto, atendiendo a la sentencia anteriormente mencionada el derecho de uso y habitación actúa “inter vivos”, en la donación como lo aporta el autor SERRANO GARCÍA⁷²⁹: “la donación inter vivos del

⁷²⁷ Como sostiene, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 501.: “con la necesidad y la convivencia del discapacitado el nuevo 822.II. establece un legado legal ministerio legis a favor siempre de un legitimario persona con discapacidad”.

⁷²⁸ Por lo que, estima la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 123.: “El precepto diferencia dos posibilidades de atribución del derecho de habitación a un legitimario discapacitado: 1ª Voluntariamente (“donación o legado de un derecho de un derecho de habitación....que el titular haga...”), mediante un negocio transmisivo inter vivos como lo es la donación”.

⁷²⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 495.

derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviven donante y donatario es un negocio posible y además entiende el autor que tiene su protección en el futuro la persona con discapacidad”.

Por otro lado, también opinamos que las donaciones a las personas con discapacidad cuando el donante fallezca en ese momento, sí el donatario discapacitado, tiene una mejoría parcial, pero al mismo tiempo tiene el grado de minusvalía que señala la L.P.P.D., y puede valerse por sí mismo, siempre accederá a este derecho que le ha sido otorgado.

b) La otra forma de aplicación sería mediante el negocio jurídico “mortis causa” por vía testamentaria, como se pronuncia la Jurisprudencia la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Primero y Segundo, señala: “Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley, se trata, por tanto, de un derecho real de habitación que, por disposición legal, se otorga al disminuido psíquico, salvo expreso desconocimiento del testador, que tiene su origen “mortis causa”, esto es nace con el fallecimiento del causante como señala el C. Civil”, y siguiendo adicionalmente la autora FUENTESECA⁷³⁰ aporta: “otro camino es la imposición legal del derecho de habitación, salvo que el testador se oponga a ello, si el testador guarda silencio o no se ocupa de este punto se atribuye el derecho de habitación “por ministerio de la Ley”, y como se pronuncia la autora entendemos a menos que el testador no

⁷³⁰ FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., p.1757.

hubiera dispuesto otra cosa⁷³¹, por ejemplo una disposición incompatible, o se le hubiera excluido de esta atribución. Por lo que, se podría aplicar como testamento a semejanza de la legítima, o, como sucesión intestada⁷³².

Por otro lado, también entendemos que en la aplicación el derecho de uso y habitación en actos “mortis causa” por vía testamentaria, se atenderá a los requisitos que señala el art. 822 C.c., y la L.P.P.D.⁷³³, como aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁷³⁴: “la norma exige el requisito de la necesidad de la vivienda por parte del legitimario discapacitado”, y siguiendo adicionalmente cabe citar la S.A.P. Burgos 11 de marzo, núm. 131/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Esther Villimar San Salvador) JUR 2005\108265, en su Fundamento Jurídico Primero y Segundo, señala: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona

⁷³¹ Por lo que, entiende el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 505.: “en este 822.II encontramos otro ejemplo de deficiencia, porque resulta sumamente ambiguo 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 habitación carece de sentido, al tener la titularidad de mayores facultades que la que otorga el derecho de habitación”, en este sentido estamos de acuerdo con el autor, por la falta de aclaración de los conceptos en los que pueda recaer.

⁷³² Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 123-124, sostiene: “a través de un negocio mortis causa como disponga un legado del derecho de habitación (art. 822 párr. 1º C.c.), y añade, en las mismas condiciones expresadas en el párrafo anterior “se atribuirá por ministerio de la ley”, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente (art. 882 párr. 2º C.c.) “la norma exige el requisito de necesidad de la vivienda por parte del legitimario discapacitado”.

⁷³³ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

⁷³⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 124.

con discapacidad, la constitución del derecho por ministerio de la Ley ha de referirse al momento en que se solicite por el legitimario en quien concurren dos requisitos legales establecidos (la necesidad y la convivencia con el causante)”.

En otro aspecto, que también tenemos de tener presente es el art. 822. 2º párr. C.c., que señala: “o lo hubiera excluido expresamente”, al pronunciamiento de este precepto el autor SERRANO GARCÍA⁷³⁵ estima: “la exclusión puede ser oportuna, para evitar posteriores problemas en los supuestos que la convivencia es ocasional y deriva en relación paterno-filial, o cuando los padres han previsto el problema en vida, han decidido que no viva con uno de los padres en vida”. Al respecto, como menciona el autor nosotros no estamos de acuerdo, por la sencilla razón aunque sea beneficioso para los padres, se actúa en detrimento de la persona con discapacidad, pues el espíritu de la L.P.P.D., es la protección de la persona discapacitada, a no ser que los padres proporcionen un cuantioso P.P., a la persona con discapacidad.

Por otro lado, respecto a los dos tipos de aplicación del derecho de uso y habitación, pensamos que ante todo está la necesidad de la persona con discapacidad, esta situación de necesidad puede tenerla una persona mayor con una enfermedad degenerativa o una persona discapacitada, que por su situación económica tanto de la persona discapacitada, como la de sus padres no pueden crear un P.P., o, que el P.P., no es cuantioso. Por lo que, siempre ante esta necesidad tendrá el derecho al uso y disfrute del derecho de habitación la persona con discapacidad.

⁷³⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 555.

3.2. *Los elementos de aceptación en la donación de derecho de uso y habitación*

Como señala el art. 13 de la L.P.P.D.: “Se añade una disposición adicional cuarta en el Código Civil. La referencia que a personas con discapacidad se realiza en el artículo 822 C.c., se entenderá hecha en el concepto definido en la Ley de Protección 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”. Por lo que, extraemos del precepto que si en su grado de discapacidad la persona carece de la aptitud de entender y querer, sea incapacitado judicial o no, tendrá que tener un representante legal para la aceptación de la donación. Puesto, que para nosotros el elemento primordial es la aceptación de la donación del derecho de uso y habitación por parte de la persona con discapacidad, así también lo entienden los autores entre ellos el autor PUIG BRUTAU⁷³⁶: “en la promesa de donación tiene perfecto sentido disponer que el donante no queda obligado hasta que haya llegado a su conocimiento la aceptación del donatario”, por lo que tendremos que aplicar el art. 623 C.c. Por tanto, nos preguntamos, ¿qué ocurrirá si la persona está incapacitada judicial además de ser discapacitado? A tal efecto tendremos que ver lo que dice la sentencia, por lo que esta se regirá por medio de sus tutores⁷³⁷ en la aceptación de la donación.

⁷³⁶PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil II*. Op. Cit., p.337. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2009). *Comentario al artículo 618 del Código Civil*. Grandes Tratados. Pamplona: Aranzadi, p.2: “el elemento que configura la donación, según el precepto: la aceptación del donatario”, refiriéndose el autor al art. 623 C.c.

⁷³⁷ Con la previa autorización judicial del art. 271.3º C.c.

Por otro lado, también puede ocurrir si el incapacitado no ha sido incapacitado judicialmente, a tal efecto tendrán que aceptar la donación el guardador de hecho, sus padres (o el que viva de ellos)⁷³⁸.

Por tanto, en el caso del testamento si son los padres de la persona con discapacidad, o, bien uno de los padres, o el tutor, estos serán los encargados de aceptar la donación⁷³⁹. Por lo que, puede darse el caso, que por el medio testamentario reciba de un tío hermano de su padre un derecho de habitación, en este caso si la persona no tiene capacidad suficiente serán los tutores⁷⁴⁰, o, guardadores de hecho que acepten el derecho de habitación⁷⁴¹.

3.3. El derecho de uso y habitación si es el propietario de la vivienda o es usufructuario como le afectará a la persona discapacitada

El derecho de uso y habitación, puede estar incluido en las figuras jurídicas del legado y la donación, en el legado no surte efecto durante la

⁷³⁸ Ante esta situación, los autores sean pronunciado los autores sosteniendo DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., pps. 92-93.: “por lo que sus efectos se dan en el momento en que se lleve a cabo, cuando confluyan oferta del donante y la aceptación del donatario, (o en su caso el representante legal)”.SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 495.: “en este caso en virtud del art. 304 C.c.”.

⁷³⁹ Atendiendo al legado, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 497, aporta: “El legado no tiene que ser aceptado, aunque puede repudiarse”, nosotros entendemos en este caso sería más factible, si el discapacitado, tuviera suficiente capacidad de obrar, aunque lo pueden realizar sus representantes legales.

⁷⁴⁰ Con la previa autorización judicial del art. 271.3º C.c.

⁷⁴¹ Mediante la aplicación del art. 304 C.c.

vida del testador⁷⁴², por lo que no surtirá efecto en la figura del legitimario, mientras que en la donación sí surte efecto en vida del donante (en este caso del testador)⁷⁴³ y por tanto en la figura del legitimario, en este caso se otorga una donación entre vivos⁷⁴⁴.

Por lo que, sí el derecho de uso y habitación es por medio de una disposición testamentaria, causará el efecto “mortis causa”, es decir después del fallecimiento del testador, y éste tendrá que ser propietario del bien al que afecta el uso y habitación, como se pronuncia la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “Se trata, por tanto, de un derecho real de habitación que por disposición legal, tiene su origen “mortis causa”, esto en que nace con el fallecimiento del causante como señala el C.c., ya que claramente y de forma concisa, indica el art. 657 C. Civil, los derechos de sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte⁷⁴⁵”.

⁷⁴² Al respecto, el autor PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil II*. Op. Cit., p. 344, entiende que: “las donaciones mortis causa sería la consistente en una atribución gratuita y a título singular, pero ordenada para que surta efecto después del fallecimiento del donante. Lo normal es realizar esta clase de atribuciones en testamento, y añade, en tal supuesto se trataría de legados”.

⁷⁴³ Como aporta, el autor PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil II*. Op. Cit., pps. 335-344.: “En todo caso, la donación ha de ser aceptada en vida del donante. Los que se transmiten de manera inmediata la propiedad al donatario aunque se hallen condicionadas a que éste sobreviva al donante”.

⁷⁴⁴ Al respecto, el autor entiende PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil II*. Op. Cit., p. 344.: “El concepto normal de donación responde a la realizada mediante acto entre vivos y para que surta efectos en vida del donante”.

⁷⁴⁵ En el mismo sentido, entiende el autor GALVÁN GALLEGOS, A., “Las donaciones colacionables en el Código Civil”, p. 1818.: “El objeto que se grava con el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado sea un inmueble propiedad del disponente y además habitual de ambos, donatario y donante, al momento del fallecimiento”.

Por otro lado, si es una donación “inter vivos”, dándose el caso que es la vivienda propia del donante, como manifiesta S. T. S. J. Navarra 7 de abril núm. 5/2006 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi) RJ 2006\3086, en su Antecedente de Derecho Primero, señala: “La demandante mediante escritura pública de fecha 24 de diciembre de 1993 donó pura y simplemente a la demandada una vivienda⁷⁴⁶”. Por lo que, entendemos que el donatario tendrá la nuda propiedad sobre el bien, puesto que en el momento de la aceptación será el propietario, estando el donante en vida.

Por tanto, la donación se entenderá perfeccionada sí el donante tiene voluntad en donar el bien al donatario y este lo acepta, de esta manera lo sostienen la S.A.P. Sevilla 29 de junio, núm. 517/2000 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcos Antonio Blanco Leira) JUR 2000\284712, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “se recogió una donación libre e incondicional”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar al autor ESPÍN⁷⁴⁷ que aporta: “la adquisición derivada inter vivos a título singular de la propiedad a favor del que recibe la cosa se trata, por tanto de la trasmisión voluntaria de la propiedad”. Por tanto, entendemos que si no existe el “animus donandi del donante” y aceptación del donatario, no sería posible la donación a la persona con discapacidad, como se pronunció la Jurisprudencia en la S.T.S. 29 de marzo, núm. 232/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) RJ 2005\3206, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “sobre el “animus donandi”, la voluntarista afirmación, fuera toda prueba

⁷⁴⁶ Mediante la aplicación del art. 618 C.c.

⁷⁴⁷ ESPÍN CÁNOVAS, D., (1977). *Manual de Derecho Civil Español*. (Vol. II). Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 123.

de que “ha quedado acreditado que no existió”, por lo que será ineficaz la donación.

Al respecto, también tenemos que tener presente que existe la figura jurídica del usufructo que tiene unas cualidades diferentes, una de ellas sería el disfrute por parte usufructuario hasta que éste falleciera.

Por lo que, los elementos que comprenden el usufructo son: el disfrute del bien con sus frutos, por ejemplo el caso de una finca que produce naranjos, y al mismo tiempo tiene una casa habitable y viva la persona con discapacidad, lo que conllevará su conservación y la obligación de conservar, así lo entiende también el autor ESPÍN⁷⁴⁸: “El contenido del usufructo comprende las facultades de disfrutar la cosa y de disponer del derecho de usufructo, y en contrapartida la obligación de conservar la cosa tanto en su sustancia como en su forma”. Por lo que, la función de conservar es importante como veremos, pues afecta al derecho de habitación. Lo que implicaría que si el disponente lo fuese por donación y sólo tuviera el usufructo de la vivienda, sería válida la disposición por parte del usufructuario del derecho de habitación a favor de otra persona siempre que el usufructo no se extinga.

Por otra parte, en el caso de que se extinguiese el usufructo desaparecería el derecho de habitación, puede darse el caso que un cónyuge concede al otro el usufructo, y, éste a su vez dona la vivienda habitual, toda o parte al hijo con discapacidad, una vez fallecido el usufructuario, se extingue y pasa a la herencia de todos los legitimarios, por lo que entiende el autor ESPÍN⁷⁴⁹ : “que el usufructo es de carácter temporal y su

⁷⁴⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español* II. Op. Cit., p. 333.

⁷⁴⁹ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español* II. Op. Cit., p. 340.

constitución en consideración a una persona, con la muerte del usufructuario supone el modo normal de extinción de este derecho”.

Por otro lado, puede darse el caso que una vez fallecido el disponente de la donación, el usufructo se extinguirá⁷⁵⁰ y también el derecho de uso y habitación a no ser que exista un plazo en el usufructo vigente con el consiguiente, derecho al uso y habitación como se pronuncia la doctrina entre ellos ESPÍN⁷⁵¹ que entiende: “se extingue también el usufructo por expirar el plazo por que se constituyo”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia en la S.T.S. 2 de junio 1952 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Desconocido) RJ 1952\1545, que señala en su Séptimo y Octavo Considerando: “el usufructo es un derecho eminentemente personal, extingible por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas, al interpretar el testamento del Sr., por cuanto reconociendo la eficacia de la institución del usufructo durante el plazo de veinte años se ordena antes de terminar dicho

⁷⁵⁰ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Tenerife 11 de febrero, núm. 37/2011 (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Pilar Aragón Ramírez) JUR 2011\218344, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “pues la Ley contiene la previsión legal (arts. 513.1º C.c.) de las causas (muerte del usufructuario)” y siguiendo adicionalmente, el autor CASTAN TOBENAS, J., *Derecho Civil Español Comun y Foral* II. Op. Cit., p.64, que aporta: “El usufructo es, por naturaleza, un derecho temporal, que, constituyéndose en contemplación a la persona, se extingue por la muerte de ésta (refiriéndose al usufructuario)”.

⁷⁵¹ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español* II. Op. Cit., p. 340. CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho Civil Español Comun y Foral* II. Op. Cit., p. 82.: “salvo que el conste haberse constituido por tiempo determinado”. LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 208.: “respecto al derecho de uso y habitación si el usufructuario una vez fallezca, no tendrá efectividad el derecho de habitación concedido, a no ser que tuviese un derecho temporal que permaneciese vivo a favor de los herederos, durante el plazo que fuese, aunque hubiese fallecido el disponente”.

plazo la entrega de los bienes al Ministro de la Gobernación para su destino en obras benéficas”.

Nuestra conclusión al respecto de la donación a la persona con discapacidad es una forma más de protegerla en el momento presente en el acto “inter vivos”, y el acto “mortis causa” para un futuro cuando no estén sus progenitores. Aunque algo más diferente es el usufructo, nos parece otra forma de protección a la persona discapacitada siempre que está viva, puesto que no será el propietario del bien estando limitada su disposición, o bien por un plazo que se constituyó en el momento de crear el usufructo para la persona con discapacidad, en este último caso entendemos que podría mermar la necesidad de la persona con discapacidad, pudiéndose darse el caso que solamente éste tiene este bien con derecho al uso y disfrute, por lo que debería concienciar el Notario a la persona que crea el usufructo a favor de la persona con discapacidad.

3.4. La aplicación del derecho de uso y habitación en la vivienda

Sobre la vivienda el derecho del habitacionista puede recaer sobre todo el bien, o, sobre parte de la vivienda, como expresa la doctrina entre los autores podemos citar al autor ESPÍN⁷⁵² que entiende: “El derecho de

⁷⁵² ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español II*. Op. Cit., p. 348. DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 100. : “El derecho de habitación, a tenor del art. 524 C.c., recaerá no sobre la casa entera, si no sobre las piezas de ésta necesarias para el habitacionista y las personas de su familia, si bien en el título constitutivo se puede disponer que el derecho de habitación se extienda a toda la casa”.

habitación faculta para ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia”, y también respecto a las donaciones en este sentido cabe citar la S. T. S. J. Navarra 7 de abril núm. 5/2006 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi) RJ 2006\3086, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “Pero parece evidente que quien dona una cosa puede donar la propiedad integra de la misma, con la suma de las facultades que configuran el derecho de propiedad, o puede donar solo una parte”, lo mismo sucederá a efectos de usufructuario del bien, como en los aspectos hereditarios, en este caso el legado por lo que debemos mencionar la S.A.P. Barcelona 17 de septiembre 2003 (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Laura Pérez de Lazarraga Villanueva) AC 2003\1817, en su Fundamento de Derecho Primero y Tercero, señala: “Acudiendo en este título constitutivo, el testamento que en el que se contiene el legado, el hecho de que en el mismo se indique que se lega el derecho de habitación “sobre la vivienda”, no implica sin más que ese derecho de habitar se extienda a la totalidad de su superficie, sino el de su utilización parcial, siempre que con ella se consiga cubrir las necesidades básicas de vivienda”.

Por otro lado nos preguntamos, ¿sólo puede disfrutar de la vivienda, o, parte de ella, la persona con discapacidad? Al respecto, se pronuncia la S.A.P. Alicante 15 de junio, núm. 297/2005 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Prieto Lozano) AC 2005\1420, en su Fundamento de Derecho Primero, al señalar: “el art. 524 del mismo texto legal se contiene la advertencia del derecho de habitación, a pesar de su indudable carácter de derecho personalísimo, concede a su titular el derecho de ocupar, es claro de forma exclusiva y excluyente, cual es propio de todo derecho real, el uso de las “piezas necesarias” no solo para sí mismo sino también para familiares allegados”. Entendiéndose, de esta forma que la

persona con discapacidad puede disfrutar tanto de la vivienda, como parte de ella, incluyendo a sus familiares, y las personas que convivan con el habitacionista discapacitado, aunque no sean legitimarios del derecho de uso y habitación.

Nuestra conclusión es la importancia que tiene el donante, o la persona que crea el usufructo en el título constitutivo, o, en el caso del testador que lega el derecho de habitación, y los efectos que produce sobre los demás legitimarios quienes no tienen constituido el derecho de uso y habitación.

3.5. Cuando la vivienda es ganancial de propiedad o ajena en el derecho de uso y habitación

En este caso, si los cónyuges están de acuerdo podrán otorgar ellos la donación al hijo discapacitado, mediante testamento (o mediante donación siempre que exista escritura pública⁷⁵³) o, tendrán que testar a favor del hijo que solamente le corresponda la vivienda. Esto no impide que el beneficiario del derecho de habitación, tenga que vivir con los demás

⁷⁵³ Al respecto, el autor ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*. II. Op. Cit., p. 123, estima que: “la transmisión de la propiedad por la voluntad del transmitente seguida de un medio de publicidad de la misma y dependiendo la transmisión del negocio causal”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia la S.T.S. 24 de febrero 1986 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1986\935, en su Fundamento de Derecho 4.-, al señalar: “no puede tener valor jurídico en su aspecto genérico de donación, en cuanto faltaría el esencial requisito de la aceptación que exige el artículo 633 del Código Civil”. Por lo que, debemos manifestar que tiene que existir escritura pública, tanto en la donación inter vivos, como en la forma testamentaria.

legitimarios siempre que tengan necesidad⁷⁵⁴, en este caso si uno de los cónyuges dispuso el derecho de habitación sobre los derechos de los demás legitimarios o legatarios que recaen en la vivienda, antes de su fallecimiento, primero se tendrá que concretar los derechos que recaerán sí es sobre toda la vivienda, o, parte de ella, por lo que el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁷⁵⁵ aporta: “si así se acuerda en la liquidación de gananciales y en la partición, en el supuesto que existan más bienes en la herencia, o, el caso que exista solamente este bien la vivienda, el cónyuge supérstite⁷⁵⁶, aceptará la adjudicación del derecho al discapacitado⁷⁵⁷, con la consecuencia de la mitad indivisa de la misma⁷⁵⁸”.

⁷⁵⁴ Como entiende, la autora FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., pps.1757-1758.: “El titular del derecho de habitación se encuentra obligado a tolerar que convivan con él los demás legitimarios mientras lo necesiten. Y se pregunta la autora, ¿Y ello rige sólo en el caso de derecho de habitación que surge de la ley o también en el derecho de habitación voluntario? Y manifiesta, quizá habría que concluir en ambos supuestos con fundamento en la literalidad del artículo 822.2º C.c., cuando al ocuparse de lo que puede o no hacer el testador, y añade, que no puede impedir que continúen viviendo los demás legitimarios, aunque entiende la autora que en virtud de la nueva reforma, el discapacitado que se le conceda el derecho de habitación estando obligado a vivir con los otros legitimarios, pueden aparecer episodios de convivencia conflictiva”.

⁷⁵⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 209.

⁷⁵⁶ También debemos considerar que el derecho de habitación regulado en el art. 822 C.c., es compatible con el de la plena propiedad, uso y habitación que le pudiera corresponder al cónyuge viudo mediante la aplicación de los arts. 1406-1407 C.c., (cfr. art. 822. 4º párr., C.c.).

⁷⁵⁷ Por lo que, atendiendo a la cuota viudal, como aporta el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 499, al afirmar: “Si la vivienda habitual es ganancial hay que respetar siempre la cuota viudal usufructuaria del otro cónyuge”. En este caso, debemos de respetar la cuota viudal como menciona el autor, pero sí el cónyuge supérstite tiene solamente esta vivienda en usufructo tendrá que convivir con la persona con discapacidad.

⁷⁵⁸ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 499, entiende: “que pueden existir

Por otra parte, si existen otros bienes en la herencia, se tendrá que aplicar el art. 1380 C.c.⁷⁵⁹, sino se aplica el cónyuge supérstite recibirá en pago menos de esa mitad gravada con el derecho de habitación.

Por lo que, el autor SERRANO GARCÍA⁷⁶⁰ aporta: “el art. 1380 C.c., se ocupa del legado de cosa ganancial (aunque el supuesto no es completamente equiparable porque el derecho de legado se constituirá con el fallecimiento y la delación hereditaria), y entiende esta solución legal no es conforme con el espíritu y la finalidad, por lo que es más acertada la solución clásica del art. 864 C.c.”. Por nuestra parte entendemos que es más práctica la aplicación del art. 864 C.c., pero entendemos que tiene mayor operancia el art. 1380 C.c., con atención al derecho de uso y habitación de la persona con discapacidad, pues ofrece una mayor garantía sobre un bien ganancial.

Por otra parte, nos preguntamos, ¿si el cónyuge testador es el primero que fallece? En este caso, determinará la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales. Por lo que, nos preguntamos, ¿y si no fallece el testador? Pues entendemos que es obvio que no se aplicará el art. 1380 C.c.

una serie de complicaciones sobre la preferencia en el derecho de adjudicación de la vivienda conyugal que constituye residencia habitual, de los arts. 1406 y 1407 C.c., que es la norma de división de la sociedad de gananciales, y añade, de forma que si en la partición de los gananciales no se atribuye la vivienda al cónyuge viudo, nos situaremos ante el supuesto de legado de cosa ajena”.

⁷⁵⁹ Al respecto, debemos de tener presente los supuestos que menciona el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 208.: “Para el supuesto de que se otorgue por disposición testamentaria, o bien se establece por el testador como legado de cosa ganancial”.

⁷⁶⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 500.

Por tanto, ante un divorcio, o, fallecimiento del otro cónyuge, se liquida la sociedad de gananciales, en este caso la vivienda habitual⁷⁶¹, que se le atribuya al testador junto con los demás bienes, estos pasarían a los herederos, lo mismo ocurriría en el caso de fallecimiento del otro cónyuge, o, puede darse el caso que este la vivienda habitual proindiviso tanto para el testador como para los herederos⁷⁶².

Por otra parte, si se adjudican todos los bienes al testador, que aún vive, será un legado de derecho de habitación de vivienda propia, o, si se atribuye en la liquidación a los herederos del premuerto⁷⁶³, puede ser que el legado quede sin efecto porque pueden faltar ciertos requisitos⁷⁶⁴, respecto a la convivencia esto no impedirá que el discapacitado pueda convivir con sus hermanos.

Por otro lado, también quedará sin efecto cuando el legado no se hace con él carácter de cosa ajena, ya que el discapacitado no vivía con el testador, por lo que será proindiviso el bien siempre que tenga los

⁷⁶¹ La vivienda tiene que ser ajena al beneficiario según lo dispuesto en el art. 524 C.c.

⁷⁶² En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “nace en el momento del fallecimiento del testador y no puede producirse en ningún momento posterior al nacimiento de los derechos hereditarios”.

⁷⁶³ Al respecto entienden los autores, PÉREZ HUETE, J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41\2003”. Op. Cit, p. 996.: “lo cierto es que se vuelve a sacrificar el interés de los coherederos que verán como el bien de más valor en muchas herencias se va a perder para ellos, ya que presumiblemente es un derecho que se disfrutará durante un período largo y que incluso impedirá o dificultará la venta del inmueble”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 506.: “ya que los colegitimarios no reciban, su porción de vivienda habitual, porque el derecho de habitación al ser vitalicio, significa una situación similar a la de la sustitución fideicomisaria, en cuyo caso se hereda con el gravamen de la legítima”.

⁷⁶⁴ Estos requisitos son vivienda habitual, convivencia y necesidad.

requisitos de vivienda habitual y convivencia y necesidad⁷⁶⁵, y se aplicará el art. 864 C.c.

Otra cuestión, que nos debemos plantear es si la vivienda habitual se les atribuye a los herederos del cónyuge fallecido, ante esta cuestión el autor SERRANO GARCÍA⁷⁶⁶ aporta: “estaríamos ante un legado de cosa propia, por lo que es difícil aplicar aquí las normas (arts. 861 y 862 C.c.) de la validez de la cosa ajena condicionado al conocimiento o ignorancia de la ajenidad de la cosa, porque no se sabe a quién se le atribuirá la vivienda habitual por ser varios llamados, solamente se sabrá cuando se divida la sociedad de gananciales, a no ser que sea el único bien existente en la herencia”.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que la figura jurídica del legado es un elemento de garantía del discapacitado legatario, pues este puede pedir la anotación preventiva de su legado, practicándose el asiento de inscripción de la vivienda que tiene el derecho de habitación, mediante los arts. 42.7º y s.s., y 147 ss. L.H.

Por otra parte, pueden existir otras cuestiones que le puede afectar a la persona con discapacidad:

a) La primera será cuando vivienda habitual no sea propia nos preguntamos, ¿qué ocurrirá si la persona esta discapacitada? En este caso, siempre se tiene que cumplir con la condición de convivencia del testador

⁷⁶⁵ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Burgos 11 de marzo, núm. 131/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Esther Villimar San Salvador) JUR 2005\108265, en su Fundamento Jurídico Segundo, señala: “el legitimario en quien concurren dos requisitos legales establecidos (la necesidad y la convivencia con el causante)”.

⁷⁶⁶ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 499-500.

fallecido con el hijo discapacitado y el testador no hubiese dispuesto otra cosa⁷⁶⁷.

b) La segunda situación que puede encontrarse el discapacitado es cuando la vivienda habitual en el momento de otorgarse testamento, (teniendo en cuenta siempre al momento de fallecer el testador) y a posteriori cambian de vivienda, en este sentido podría existir un problema de interpretación, por parte del derecho de habitación concedido, respecto a la voluntad del otorgante. Por lo que, se tendría que aplicar el art. 675 C.c., y si no tuviera efecto, tendríamos que recurrir a los legados específicos art. 869 C.c., con unión del art. 768 C.c., pudiendo quedar sin efecto si la vivienda primera se hubiese enajenado.

c) La tercera situación que puede encontrarse la persona con discapacidad será que el testador al tiempo del otorgamiento del testamento, pasó a vivir en una residencia geriátrica o en la casa de algún hijo, al momento de fallecer, teniendo éste la titularidad de la vivienda, en este caso se respetará la voluntad del testador, aunque la convivencia hubiera sido corta.

d) La cuarta, situación que puede contemplarse es la que el discapacitado estuviera ingresado en un centro como medida de seguridad al tiempo de fallecer el testador, en este sentido cabe mencionar la S.A.P.

⁷⁶⁷ Al respecto los autores, aportan LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 220.: “Que el beneficiario lo necesite, y que el beneficiario estuviera conviviendo con el causante, a todo esto que el testador no haya dispuesto otra cosa”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p.501.: “No parece que hubiera dificultad, no obstante las prevenciones que se han manifestado en la doctrina, que se pueda disponer de vivienda habitual ajena, en la que el fallecimiento del causante hayan convivido testador y descendiente legítimo con discapacidad”.

Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072, Fundamento de Derecho Primero, señala: “Sr. que se encuentra interno en el Hospital Psiquiátrico, como medida de seguridad, discapacitado, con una disminución de su capacidad de un 65%. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido, se le hubiera concedido, a no ser que el testador falleció antes de la promulgación de la Ley”. Por lo que, siguiendo la sentencia para nosotros se podría aplicar el derecho de uso y habitación, aunque la persona con discapacidad tuviera los requisitos legales que se exigen, la convivencia y la necesidad aunque fueran de corto espacio.

3.6. La voluntad del testador en el derecho de uso y habitación

Como mencionamos anteriormente la voluntad del testador es importante, en el momento de testar a favor del legitimario discapacitado.

Por lo que, en atención a la voluntad del testador la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁷⁶⁸ entiende es: “criticable, pudiendo causar una diferencia en el reparto favoreciendo injustamente a un legitimario incapacitado judicial, respecto del discapacitado que padece un grado de minusvalía reconocido en su art. 2.2. de la L.P.P.D., y expone el ejemplo de la situación posible que el testador establezca sobre el inmueble (que eventualmente podría integrarse del total del caudal hereditario por tratarse

⁷⁶⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 122.

de la vivienda familiar), una sustitución fideicomisaria afectando incluso al tercio de la legítima estricta (cfr. arts. 782 y 808 del C.c.), beneficiando de este modo al hijo o descendiente judicialmente incapacitado, resultando que otro legitimario(s) discapacitado(s) únicamente podrá (n) beneficiarse de la atribución voluntaria o legal, del derecho de habitación sobre el mismo bien inmueble”.

Ante esta situación, puede surgir otra cuestión si una persona esta incapacitada judicial como habíamos visto anteriormente, puede tener un grado de discapacidad, emitido por el órgano juzgador, mediante los peritos judiciales⁷⁶⁹, por lo que será a su vez discapacitado.

Puesto que para nosotros, una persona incapacitada judicial estando esta discapacitada es una medida de protección, por lo que cabe mencionar la S.A.P. Murcia de 30 octubre, núm. 487/2001 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva) AC 2001\2579, en su Fundamento de Derecho Segundo: “ Por ello, la incapacitación conforme al artículo 210 del Código Civil⁷⁷⁰, supone una privación de dicha capacidad de obrar o, en términos más rigurosos, una limitación de la misma, que es concebida en nuestro sistema jurídico como una medida excepcional de protección del propio discapacitado”.

⁷⁶⁹ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Valencia de 17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\ 2239, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “ al declarar la incapacitación parcial del demandado y su sujeción a la curatela, es más adecuada a la deficiencia que padece, calificada por la señora médico-forense de trastorno desarrollado por encefalopatía de etiología no filiada, que ha motivado el reconocimiento al demandado de un grado de minusvalía del 52%; los actos jurídicos con trascendencia reconocimiento patrimonial para los que será necesario el complemento de capacidad del curador”.

⁷⁷⁰ El art. 210 C.c., se encuentra derogado por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (“B.O.E.” 8 enero).

Por otro lado, pueden existir incapacitados judiciales que no tienen un grado de discapacidad por el órgano juzgador, como puede ser el caso de prodigalidad, dándose una incapacidad relativa⁷⁷¹, por lo que algún autor no está de acuerdo respecto, en que esta figura jurídica no esté incluida como incapacidad total, como aporta la autora GETE-ALONSO⁷⁷²: “Puede plantearse dudas si ciertas situaciones, en concreto el alcoholismo y la toxicomanía, pueden englobarse dentro de las enfermedades y deficiencias a las que alude el artículo 200 C.c., dado que no es unánime en la ciencia médica, su calificación como enfermedades. Sea lo que fuere, la expresión legal “deficiencia” permite que estas situaciones puedan justificar incapacitación”. Puesto, que por nuestra parte podrían ser incapacitados judiciales, pero no discapacitados, en ciertos casos, a no ser que por otro lado tuvieran un grado de discapacidad que señala la L.P.P.D.⁷⁷³

⁷⁷¹En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Murcia de 30 octubre, núm. 487/2001 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva) AC 2001\2579, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “debiendo tener en cuenta el contenido del artículo 210 del Código Civil. De dicho tenor se deduce que el Código distingue entre la incapacidad absoluta, y la incapacidad relativa genérica, que antes afectaba solamente a los declarados pródigos, y ahora, en cambio a todos los mayores de edad declarados incapaces, y por imperio de una decisión judicial da lugar a la curatela”, y, atendiendo a la incapacidad relativa los autores DIEZ- PICAZO, L., y GULLON, A., (2005). *Sistema de Derecho Civil I*. Op. Cit., p. 247, aportan: “una incapacitación que sea sólo limitada; en este último caso, se deja a la sentencia la integración del régimen jurídico a que el incapacitado debe quedar sometido y, por consiguiente, el señalamiento de los actos para los que, efectivamente, resulta incapacitado y, frente a ello, de aquellos otros que conserva la capacidad y ponen como ejemplo gobernar los bienes, realizar actos de administración pero no de disposición etc.”.

⁷⁷²GETE- ALONSO, Mª C. (Autors. PUIG I FERRIOL, L., et al.) (2000). “La incapacitación y la limitación de capacidad”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*. (3ª Ed.). Madrid: Marcial Pons, p. 192.

⁷⁷³ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A efectos de esta Ley únicamente tendrá la consideración de personas con discapacidad: b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

Nuestra conclusión es la importancia de la voluntad del testador en ciertas incapacidades judiciales y en sus facultades de reparto, que pueden ser injustificadas, y que a su vez merman al discapacitado por la L.P.P.D., en este caso el legislador lo habría que haber tenido en cuenta.

3.7. La intransmisibilidad gratuidad de la donación y el legado

Como hemos, visto el derecho de uso y habitación tienen que coincidir a efectos testamentarios, por lo que uno de los requisitos tiene que ser “la vivienda habitual” del testador⁷⁷⁴, en el caso de la donación tiene que ser “inter vivos”, en caso contrario no se podría aplicar el art. 822 C.c.

Por otra parte, el derecho de uso y habitación, tanto a efectos testamentarios (legado), como la donación son intransmisibles, como se configura en la (E.M.VII. c) de la L.P.P.D.: “el derecho de habitación legado o donación será intransmisible”, de la misma forma se pronuncia la doctrina⁷⁷⁵ y los tribunales⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Como, aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 218.: “en el caso de la donación del derecho de habitación, no hay problema para determinar si, efectivamente en el momento de la donación, la vivienda reúne o no reúne el requisito de ser la vivienda habitual del disponente. Pues bien si no se diera esta última circunstancia, el derecho de habitación sería válido y eficaz pero no produciría los efectos previstos en el art. 822 C.c.”

⁷⁷⁵ De esta forma, lo afirman los autores LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 206.: “un derecho de habitación, cuyo contenido viene regulado en los arts. 523 a 529 C.c., porque, al ser un derecho personalísimo e intransferible, tiene la seguridad de que, en ningún caso va a perderlo (art. 525 C.c.), con lo que queda garantizada, para el discapacitado, la disponibilidad, mientras viva”. DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con

Por otro lado, entendemos que es un elemento protector de la persona con discapacidad, el derecho de uso y habitación por ser de carácter vitalicio, como afirma Jurisprudencia en la S.T.S. 26 de julio, núm.808/2001 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) JUR 2001\8427, en su Fundamento de Derecho Tercero, al señalar: “el derecho de uso es un derecho subjetivado o personalísimo, o sea, con titularidad adscrita y vinculada a una persona determinada”.

Por otra parte, entendemos que debe ser necesaria la gratuidad del acto, tanto en la donación, como en el legado testamentario, y como menciona la doctrina entre los autores PUIG BRUTAU⁷⁷⁷ que aporta: “la donación consiste en la transmisión voluntaria de algún bien que una persona realiza a favor de otra sin recibir nada en compensación⁷⁷⁸”, es decir que no cabe exigir ninguna contraprestación al beneficiario. En el caso de que hubiese contraprestación, porque el negocio de atribución

discapacidad)”. Op. Cit., p. 91.: “el art. 822 C.c., párrafo tercero, deja bien claro que el derecho al que se refieren los dos párrafos anteriores será intrasmisible, lo que encaja perfectamente en su régimen excepcional, justificado únicamente por la discapacidad, del habitacionista, que solamente a éste intenta beneficiar”. BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 159.: “En todo caso se establece que expresamente la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransferible”.

⁷⁷⁶ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Burgos 11 de marzo, núm. 131/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Esther Villimar San Salvador) JUR 2005\108265, en su Fundamento Jurídico Primero, señala: “El derecho a los que se refieren los dos párrafos anteriores (refiriéndose al derecho de uso y habitación) será intrasmisible”, refiriéndose al art. 822 C.c.

⁷⁷⁷ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil* II. Op. Cit., p. 327, LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 219.: “ambas formas de atribución tienen carácter gratuito”.

⁷⁷⁸ Como señala en el acto “mortis causa” en la donación, en la S.T.S. 30 de diciembre, núm. 1209/2003 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 2004\360, en su Fundamento de Derecho Segundo: “Nos encontramos ante un acto de disposición gratuita “mortis causa” (donación)”.

fuese oneroso, el derecho de habitación constituido no gozaría de los beneficios del art. 822 C.c.

Nuestra conclusión sobre la donación y el legado, actúan como actos voluntarios tanto del testador, como del donante en esta última figura jurídica, tanto en actos “inter vivos” como “mortis causa”, y por tanto su gratuidad en ambas figuras jurídicas para que puedan perfeccionarse, puesto sí existe contraprestación serán ineficaces, por lo que también conllevan la intransmisibilidad en ambas figuras jurídicas, por tanto este último elemento lo consideramos protector para las personas con discapacidad.

3.8. El derecho de acrecer cuando son varios legitimarios discapacitados

En este caso, si son varios los llamados, se plantea la existencia de dos o tres personas con discapacidad, con la constitución gratuita y onerosa a favor de varias personas simultáneamente, o, sucesivamente.

Por tanto, puede producirse tanto en los legados, como en las donaciones, respecto a los legados el autor SERRANO GARCÍA⁷⁷⁹ entiende: “que se puede plantear un legado de derecho de habitación a favor simultáneamente de dos legitimarios con discapacidad con acrecimiento por parte del sobreviviente”. Por lo que, la autora DÍAZ

⁷⁷⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 494.

ALABART⁷⁸⁰ aporta: “que sería factible que entre los legitimarios pueda haber más de uno con discapacidad. En tal caso, el disponente podría decidir qué derecho de habitación es para uno solo de ellos, o bien designar como cotitulares de derecho a varios, y añade, en el primer caso “aunque ello no significa que los otros legitimarios hayan de abandonar la vivienda”.

Y atendiendo, a la figura jurídica de las donaciones, como anteriormente habíamos mencionado pueden ser con efectos testamentarios, lo que implicaría por medio del “acto mortis causa”, confirmándolo la Jurisprudencia⁷⁸¹, del mismo modo se pueden producir una o varias donaciones “mortis causa”, por lo que cabe mencionar la S.T.S. 30 de diciembre, núm. 1209/2003 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 2004\360, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “resulta tratarse de una donación o varias donaciones “mortis causa”. Por lo que, si se produce una donación a una persona discapacitada, y, consecuentemente, el testador no otorga al otro hermano el derecho de habitación, una vez fallecido aquél a

⁷⁸⁰ DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 95.

⁷⁸¹En este sentido, cabe mencionar la S.T.S. 24 de febrero 1986 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1986\935, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “lo que caracteriza definitivamente las donaciones con finalidad “mortis causa” es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después la expresión de la voluntad si ésta es que solamente con posterioridad a la muerte del donante haga suyo el donatario lo que fue objeto de la donación, siendo ineficaces si no se justifican por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias”.

quien se otorgó, pues éste tenía el derecho de habitación “por necesidad”⁷⁸², aunque los dos hermanos hubieran vivido juntos, en este caso existiría un acrecimiento respecto al derecho de uso y habitación, que antes no ostentaba el hermano, además suponiendo que el otro hermano no tiene descendientes, o, incluso estando casado que existiera separación de bienes respecto al cónyuge supérstite.

Por otro lado, puede ocurrir que el testador otorgue el derecho de uso y habitación a un hijo con discapacidad, que no tenga necesidad de la vivienda, pudiendo darse el caso que le otorgue el derecho en una segunda vivienda, y tuvieran ambos convivencia, éste tendría el derecho como legatario, por lo que no se aplicaría el art. 822 C.c., si se da el caso que conviva con otro hermano discapacitado, tendría el derecho de acrecimiento, siempre que concurrieran las anteriores circunstancias mencionadas.

⁷⁸²Al respecto, cabe citar la S.T.S. 26 de julio, núm. 808/2001 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) RJ 2001\8427, en su Fundamento de Derecho Quinto, señala: “en cuanto a los conceptos de “necesidad”, parece que la normativa legal reconduce ambos a contenidos de satisfacción de necesidad primarias de subsistencia”, y adicionalmente sobre la figura jurídica del legado y la donación los autores, DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., pps. 97-101, manifiesta: “entiendo que para el derecho de habitación del art. 822 C.c., dicho o no en el texto del precepto, en todos los casos es requisito esencial la “la necesidad” de vivienda del discapacitado. Aunque no la necesite, ciertamente el testador podría legarle (o donarle) ese derecho, pero no se aplicaría el art. 822 C.c., en este sentido el concepto “de necesidad”, ampliando el término la autora, “en caso de legado legal el propio art.822. 2º C.c., párrafo in fine, advierte el habitacionista no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios que lo necesiten”, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 498.: “Pero además de la persona con discapacidad, el legatario debe tener necesidad de vivienda. Quiérese decir que no basta la conveniencia, o la utilidad, sino verdadera necesidad que no existirá cuando el discapacitado tenga otra vivienda”.

Nuestra conclusión sobre el derecho de acrecer en el caso que tratamos del derecho de uso y habitación, es un elemento protector positivo, cuando existen uno o varios discapacitados, siempre atendiendo a la voluntad de donante o testador en acto “mortis causa”, como en los legados, por lo que en el momento de atender a estas actuaciones siempre entendemos que es favorable al sobreviviente que puede ser discapacitado con atención al estado de “necesidad” de éste, respecto a los demás legitimarios no discapacitados.

3.9. La aplicación de la computación para el cálculo de las legítimas al derecho de habitación de la persona discapacitada e incapaz

Una ventaja que tiene la persona discapacitada, es si el derecho de habitación se transmite en acto “inter vivos”, o por “mortis causa”, o, por medio del fideicomiso, en este caso no se computará para el cálculo de las legítimas, siempre que en el momento del fallecimiento vivan juntos⁷⁸³ y tenga necesidad⁷⁸⁴, la persona discapacitada.

Aunque existe algún autor que le atribuye mayor facultad de decisión “al donante”, respecto a que los requisitos de discapacitado e incapaz, no se computen en el derecho de habitación en las legítimas, a tal efecto el autor

⁷⁸³ Como, aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 121.: “siempre que se cumpla con el requisito de que el momento del fallecimiento del testador la persona con discapacidad conviviera con éste en la vivienda habitual objeto de enajenación gratuita”.

⁷⁸⁴ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Burgos 11 de marzo, núm. 131/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ima. Sra. María Esther Villimar San Salvador) JUR 2005\108265, en su Fundamento Jurídico Segundo, que señala: “el legitimario en quien concurra (la necesidad)”.

GALVÁN⁷⁸⁵ aporta: “que el donante no haya manifestado expresamente que tal donación sea computable”, pues esta situación mermaría el beneficio que le concede el precepto⁷⁸⁶ a las personas discapacitadas, y al mismo tiempo estando incapacitado judicial.

Aunque entendemos, que la disposición a título gratuito realmente estará dispensada de colación, pues sólo de este modo se quiebra la inicial igualdad entre los coherederos que son legitimarios, por lo que se pretende beneficiar a través de la norma a la persona discapacitada. Por tanto, la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁷⁸⁷ aporta: “en el uso de la facultad, el cónyuge fiduciario podrá atribuir al hijo o descendiente incapaz⁷⁸⁸ un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que no se computará para el cálculo de las legítimas sí en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella, según lo dispuesto en el nuevo art. 822 C.c., en la redacción dada por la citada Ley 41/2003, y añade, afectos de discapacidad este derecho podrá ser atribuido, incluso por ministerio de Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido, siempre que el testador no lo excluya expresamente del testamento”.

⁷⁸⁵ GALVÁN GALLEGOS, A., “Las donaciones colacionables en el Código Civil”. Op. Cit., p. 1818.

⁷⁸⁶ Art. 822.1º párr. C.c.

⁷⁸⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., (Dir. Vallet de Goytisolo, J. et al.) (Coord. Fenoy Picón, N.,) (2006). “El artículo 831 del Código Civil”, en AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre, 2005. (LVIII Tomo) (Fascículo III). Madrid: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) y Boletín Oficial del Estado, pps. 1132- 1133.

⁷⁸⁸ En este sentido, no basta sólo la incapacidad que para ser una persona con discapacidad tenemos que remitirnos al art. 2.2º de la L.P.P.D., “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

En el primer supuesto del cónyuge supérstite, debemos de tener presente que tras la promulgación de la L.P.P.D., se modificó el art. 813.2º párr. C.c., que nos remite al art. 808 C.c., por lo que estamos ante la aplicación hereditaria⁷⁸⁹.

Por tanto, nos podemos encontrar en el supuesto que se rige por una disposición testamentaria, a estos efectos puede que el testador nombre al cónyuge con el carácter fiduciario, y al mismo tiempo al hijo incapacitado judicial (debemos recordar que para que sea efectivo el art. 822 C.c., tiene que ser a la vez discapacitado), le otorga el derecho de habitación en su vivienda habitual, lo que implicaría que es efectiva esta situación.

Por otro lado, el art. 13 de la L.P.P.D., es muy tajante en este sentido al señalar: “Disposición adicional cuarta. La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos, 822 C.c., se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, y siguiendo adicionalmente se pronuncia la S.A.P. Murcia de 30 octubre, núm. 487/2001 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva) AC 2001\2579, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Por ello, la incapacitación conforme al artículo 210 del Código Civil⁷⁹⁰, supone una privación de dicha capacidad de obrar o, en términos más rigurosos, una limitación de la misma, que es concebida en nuestro sistema jurídico como una medida excepcional de protección del propio

⁷⁸⁹ A estos efectos no podrá considerarse titular otra persona como el heredero fiduciario, pues ese derecho de habitación, cuando tiene verdaderamente efectos será a la muerte de causante, así tratándose del heredero fiduciario la propiedad pasará al fideicomisario.

⁷⁹⁰ El art. 210 C.c., se encuentra derogado por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (“B.O.E.” 8 enero).

discapacitado”. Por tanto, en el momento de declararse la persona incapaz judicial, puede ser bien por el órgano juzgador⁷⁹¹ o por vía administrativa⁷⁹², debiendo tener un grado de discapacidad la persona que señala la L.P.P.D.⁷⁹³, lo que nos lleva a dudar que si una persona es declarada incapaz, puede tener incapacidades relativas, como la figura jurídica del prodigo, por lo que no podría beneficiarse del art. 822 C.c., puesto que ésta unido con el art. 2.2º de la L.P.P.D.⁷⁹⁴, y también como menciona el autor SERRANO GARCÍA⁷⁹⁵: “tiene que contemplarse el supuesto del discapacitado (con declaración administrativa art.2. 3º de la

⁷⁹¹ A tal efecto, debemos mencionar la S.A.P. Valencia de 17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\ 2239, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “ al declarar la incapacitación parcial del demandado y su sujeción a la curatela, es más adecuada a la deficiencia que padece, calificada por la señora médico-forense de trastorno desarrollado por encefalopatía de etiología no filiada, que ha motivado el reconocimiento al demandado de un grado de minusvalía del 52%; los actos jurídicos con trascendencia reconocimiento patrimonial para los que será necesario el complemento de capacidad del curador”.

⁷⁹² Al respecto, cabe citar la S. T. S. J. Navarra 30 de marzo, núm. 105/2001 (Sala de lo Social) (Ponente: Ilma. Sra. Carmen Arnedo Díez) AS 2001\1243, en sus Fundamentos de Derecho Primero y Segundo, que señala: “sobre reconocimiento del grado de minusvalía de un menor para obtener el reconocimiento de un grado de minusvalía del 54%, frente a la calificación efectuada por el Instituto Navarro de Bienestar Social que le otorgó el porcentaje de minusvalía del 10%”.

⁷⁹³ Cabe recordar el art. 2.2º y 3º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100; 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

⁷⁹⁴ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

⁷⁹⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 496- 497.

L.P.P.D.⁷⁹⁶) capaz, del discapacitado naturalmente incapaz y del discapacitado declarado judicialmente incapacitado”.

Por otro lado, algún autor no está muy de acuerdo con la norma al respecto cabe citar a la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁷⁹⁷ que aporta: “pues en el supuesto de la sustitución fideicomisaria en la legítima de los hijos o descendientes, su protección legal está dirigida al hijo o descendiente incapacitado judicialmente, en el caso L.P.P.D., altera su condición subjetiva para disfrutar del beneficio, estableciendo nuevamente un injustificado cambio en el sujeto beneficiario, desplegando su acción protectora sobre el discapacitado, ampliando a su vez otros beneficiarios en esa condición, y añade, en este caso el legislador se refiere al legitimario persona con discapacidad, pudiendo ser cualquier legitimario”. Por lo que, entendemos que el legislador protege a la persona con discapacidad, como lo corrobora la L.P.P.D.⁷⁹⁸, el art. 822. 2º. 3º párr. C.c., y siguiendo adicionalmente la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁷⁹⁹ entiende que se protege al discapacitado: “puesto que el fiduciario al hacer las atribuciones y adjudicaciones, tendrá que respetar el derecho del discapacitado. En definitiva, si el discapacitado lo necesita, el fiduciario tendrá que conceder, aunque no sea común, un derecho de habitación”.

⁷⁹⁶ Art.2.3º de la L.P.P.D., señala: “El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

⁷⁹⁷CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 121-122.

⁷⁹⁸ Art. 13 de la L.P.P.D., señala: “Disposición adicional cuarta. La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos, 822 C.c., se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”.

⁷⁹⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1133.

Por otro lado, entendemos que los elementos que diferencian al derecho de habitación, serán si el legitimario es por medio de testamento aceptándolo, si tiene suficiente capacidad de obrar, o, en caso contrario sino tiene capacidad de obrar suficiente será su tutor, puesto que su efectividad sería tras la muerte del testador “mortis causa”. En el caso de que sea el cónyuge fiduciario⁸⁰⁰ podrá optar por la atribución de la vivienda en propiedad, o, pedir que se constituya el derecho de uso y habitación, y deberá vivir con la persona con discapacidad, y, por último se podrá realizar mediante la donación “inter vivos”, todos estos actos jurídicos se realizarán en documento público para que tengan validez.

Nuestra pregunta inicial es, ¿si no se computa en las legítimas el derecho de habitación del legitimario con discapacidad? Al respecto, la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁸⁰¹ entiende: “que la exclusión del cómputo de las legítimas significa que este derecho no se imputará a ninguno de los tercios en los que se divide idealmente la herencia cuando existen hijos o descendientes legitimarios del causante”.

Aunque atendiendo a nuestra pregunta, la autora DÍAZ ALABART⁸⁰² lo percibe en un sentido formal: “pues al respecto del art. 822 C.c., en este punto no es la más correcta técnicamente, porque si bien es verdad que para el cálculo de las legítimas, al relictum (bienes y derechos transmisibles existentes en el patrimonio del causante) al que se resta el montante de sus deudas (liquidación) se suma a efectos contables (reunión ficticia) el

⁸⁰⁰ Si existe disolución de gananciales el cónyuge viudo tendrá derecho a que se le adjudique con preferencia la vivienda habitual según el art. 1406.4º C.c., que el art. 822 C.c., obliga a esta situación

⁸⁰¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1133.

⁸⁰² DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 105.

donatum “el valor de las donaciones colacionables o computables”, y por ello, sí por ministerio de Ley”.

De esta forma, el derecho de habitación que se transmite por medio de actos “inter vivos”, como “mortis causa”, no se computa en las legítimas, lo que ha pretendido el legislador en este precepto del art. 822 C.c., es la sustracción de las reglas de las legítimas, pues es un derecho que implica que el discapacitado es la persona beneficiaria. Además del mencionado derecho, tendría la legítima estricta, y en su caso la mejora o parte de ella, y de libre disposición, no pudiéndose tachar de inoficiosa la donación, por lo que quedaría fuera de los bienes y derechos que están sujetos a los límites de las legítimas, puesto que no están sujetos a colación.

Por otro lado, en los legados están sujetos a un régimen diferente de las donaciones, no computándose en sentido técnico para el cálculo de la cuantía de las legítimas, su efecto es la reducción, cuando menguan éstas (las legítimas), a petición de los herederos forzosos⁸⁰³, respecto al discapacitado beneficiario, quedando el legado fuera de las reglas de las legítimas, por lo que no se verá reducida su cuota legitimaria, y, sin reducción en un futuro, a lo que aporta el autor SERRANO GARCÍA⁸⁰⁴: “según ello, la persona con discapacidad recibiría su legítima y su parte de mejora, en su caso, y además el derecho de habitación donado o legado (el autor atiende al art.819 C.c.). Aunque el caudal se haya reducido, no hay lugar a reducción del legado ni inoficiosidad de la donación”.

⁸⁰³ Art. 817 C.c.

⁸⁰⁴ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 503- 504.

Nuestra conclusión, es la necesidad de proteger a la persona discapacitada, como a la persona que a su vez es incapaz judicial por parte del legislador, por lo que se actuará por medio del ministerio de la Ley.

3.10. La extinción del derecho de uso y habitación de la persona con discapacidad

La discapacidad es revisable⁸⁰⁵, por lo que la persona puede perder la discapacidad, como señala la Jurisprudencia en su S.T.S. 14 de mayo 2008 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Sampedro Corral) RJ 2008\3294, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en tanto el que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta Ley, para acceder al derecho de pensión de jubilación”. Por tanto, también afectará a la L.P.P.D., como señala su art. 2.2º: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”, puesto que sí la persona discapacitada, no obtiene

⁸⁰⁵El art. 143.2º de la L.G.S.S. B.O.E. 29 Junio 1994, núm. 154, p. 20658, señala: “Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta Ley, para acceder al derecho de pensión de jubilación”.

en la revisión el grado de discapacidad que menciona el precepto, dejará de ser discapacitada. Por lo que, entendemos que la persona discapacitada sí pierde su condición de discapacidad, no tendrá efecto la aplicación del art. 822 C.c.⁸⁰⁶ Otra forma de extinción del derecho de uso y habitación, que no afecta a la discapacidad, que ocurrirá en el usufructo, será mediante cumplimiento de la condición resolutoria en la constitución voluntaria⁸⁰⁷, por tanto el constituyente del usufructo, constituyó en su día un plazo, para la extinción del derecho de uso y habitación. Por lo que, opinamos que el constituyente del usufructo no es consciente que merma el derecho a la persona con discapacidad, pudiéndose darse el caso que el mismo constituyente del usufructo opina que durante ese tiempo que transcurre el usufructo a favor del discapacitado, perderá su discapacidad, por mejoría, bien por informes médicos o por la propia convicción de este, aunque no mejore y este discapacitada la persona.

Otra de las causas, de la extinción del derecho de uso y habitación sería por fallecimiento de la persona con discapacidad, que es el habitacionista, por lo que cabe mencionar la S.A.P. Madrid 7 de junio, núm. 303/2010 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ángel Moreno García) JUR 2010\297926, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala:

⁸⁰⁶ Al respecto, sobre el legado el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 498, aporta: “De la misma manera el legado del 822, será mientras el legatario permanezca en situación de persona con discapacidad”. Por lo que, entendemos que también se podrá aplicar en el momento de la donación, si la persona pierde la condición de discapacitado, o, heredero fiduciario, en este último caso sí pierde tal condición.

⁸⁰⁷ En este sentido, cabe citar la S.A.P. Madrid 13 de noviembre, núm. 551/2009 (Sección 19ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López) JUR 2010\70946, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “el art. 529 del propio Código Civil que conecta el derecho de habitación con las causas de extinción del usufructo entre las que se encuentra (art.513.2º C.c.) cumplirse la resolución consignada en el título constitutivo”.

“siendo una de las causas de extinción la muerte del habitacionista”, y siguiendo adicionalmente la D.G.R.N. (Propiedad) Resolución 19 de mayo, núm.1/2005 RJ 2005\5615, en Hechos Tercero: “el legado de derecho de habitación al configurarse como un derecho personalísimo ha quedado extinguido con su muerte”. De la misma forma, ocurre con el usufructo respecto a su extinción, tanto por muerte el usufructuario de la vivienda⁸⁰⁸.

Otro de los casos de la extinción del derecho de uso y habitación, puesto que en la aceptación de las donaciones⁸⁰⁹, tanto “inter vivos”, como “mortis causa”, si la persona con discapacidad no tiene suficiente capacidad de obrar, tendrán que aceptarlas sus representantes legales. Al respecto, aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁸¹⁰: “siguiendo lo dispuesto en el art. 513 C.c., al que se remite el art. 528 del mismo cuerpo legal, también se extinguirá por renuncia del habitacionista, aunque este estuviera incapacitado no podrá realizarla su tutor o curador sin la correspondiente autorización judicial (art. 271.3º C.c.)”, y siguiendo adicionalmente cabe citar la S.T.S.J. Cataluña 4 de febrero, núm. 3/1999 (Sala de lo Civil y Penal) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu) RJ 2000\745, en su Fundamento de Derecho Primero, al señalar: “estimando íntegramente la demanda, se declare extinguido el derecho de habitación, por falta de acción y defecto en el modo de proponerla, se refiere a la demanda, al carecer el actor de derecho para reclamar ser legal representante de la menor, con la confusión de representante legal con administrador de los

⁸⁰⁸ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Tenerife 11 de febrero, núm. 37/2011 (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Pilar Aragón Ramírez) JUR 2011\218344, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala “pues la Ley contiene la previsión legal (art. 513.1º C.c.) de las causas (muerte del usufructuario)”.

⁸⁰⁹ Arts. 623, 625 C.c., mediante la aplicación del art. 271.3º C.c.

⁸¹⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 224.

bienes”. Por tanto, entendemos que si la persona no tiene suficiente capacidad de obrar, necesitara representante legal y éste a su vez autorización judicial, para la renuncia del derecho de uso y habitación.

Por otro lado, también puede el derecho de uso y habitación extinguirse mediante su prescripción. Al respecto, se pronuncia la S.A.P. Barcelona 10 de febrero, núm.69/2004 (Sección 12^a) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino) JUR 2004\92278, en su Fundamento de Derecho Segundo: “El habitacionista puede estar vivo y no hacer uso de su derecho, en cuyo caso éste prescribe si pasa el tiempo necesario. El tiempo para la prescripción de este derecho comienza cuando se deja de usar. La aplicación de la prescripción como causa extintiva ésta reconocida expresamente por el Código Civil, por remisión que su artículo 529 hace a las causas de extinción del usufructo”. Por lo que, se desprende que no necesitaría el derecho de uso y habitación la persona con discapacidad, tanto estando viva la persona con discapacidad, como por su fallecimiento como habíamos mencionado anteriormente, por lo que sería una causa más de su extinción, sí la persona con discapacidad viviera.

En sentido opuesto, sobre dejar de necesitar el derecho de habitación el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁸¹¹ estima: “que no se aplicaría⁸¹², pues

⁸¹¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 224.

⁸¹² De la misma forma, entiende la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3. Pamplona: Aranzadi, p. 25.: “Si es propio causante quien dona o lega ese derecho no es preciso que exista esa necesidad por parte del discapacitado, si bien es normal que exista. En mi opinión siempre que sea una disposición (intervivos o mortis causa) del titular de la vivienda se beneficiará del régimen especial, pues el requisito de la necesidad de una vivienda, pues únicamente cuando se trata de “legado legal” o lo que es por ministerio de la Ley, su condición es potestativa, siempre que el beneficiario o el tutor, afirmen que lo necesita lo que implica la difícil apreciación judicial”.

supondría dar la necesidad exigida el carácter de condición resolutoria (cosa que podría hacer el disponente en caso de atribución voluntaria) pero el legislador solo ha conferido a esa necesidad el carácter de *conditio iuris* para su atribución legal”, en este caso puede que tenga necesidad la persona discapacitada, teniendo intervalos en que viva en la vivienda de un hermano, por su condición de discapacitado, no afectándole esta situación .

Otra causa de extinción del derecho de uso y habitación, como señala CASTAN⁸¹³ : “se extinguen estos derechos por los mismos modos que al usufructo, y, además por el abuso grave de la habitación (art. 529 C.c.). El Tribunal Supremo ha declarado que esta sanción debe interpretarse en sentido restrictivo, y que no merecen la calificación de abusos los hechos que, más que actos, constituyen omisiones, como deterioros, o, faltas de reparaciones (sentencias de 28 de noviembre de 1908 y 30 de abril de 1910)”. Aunque el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁸¹⁴ estima la rehabilitación: “puesto que la pérdida total de la vivienda gravada, aunque creo que habría que sostener su rehabilitación, si se reconstruye la misma, dado el interés protegido y teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 514 y 517 C.c., pues si la vivienda se reconstruye, siempre se puede rehabilitar a favor de la persona con discapacidad”, y como manifiesta el propio autor “aunque no se trate de extinción del derecho de habitación, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 420 C.c., para el supuesto de mal uso de la vivienda”. En este caso, entendemos que es una forma de extinción del mal uso del derecho de habitación, puesto que si se niega a reparar los daños

⁸¹³ CASTAN TOBENAS, J., (1978). *Derecho Civil Español Comun y Foral II*. Op. Cit., p. 77.

⁸¹⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 224.

causados puede dar lugar a la extinción⁸¹⁵, pero siempre puede darse el caso de la buena fe de la persona con discapacidad, por deterioro de la vivienda.

4. LA REDUCCIÓN DEL LEGADO QUE NO ADMITA CÓMODA DIVISIÓN

La L.P.P.D., modificó el art. 821 C.c., añadiendo un párr. 3º y último que permite vender la finca en subasta pública a instancias de cualquiera de los interesados que estén en el legado.

El concepto de “no admisión de la cómoda división”, admite los supuestos de indivisibilidad jurídica como las servidumbres art. 535 C.c., o en caso de prenda o hipoteca art. 1860 C.c., o, el ejemplo de cultivos, o, la división de un animal.

Por tanto, queda claro en el art. 821 C.c., consiste en una finca (rústica o urbana) que no admita cómoda división⁸¹⁶. En sentido opuesto, la doctrina estima que también debe extenderse a los bienes inmuebles, al respecto cabe citar al autor, BUSTOS LAGO⁸¹⁷: “siempre que se trate de una cosa indivisible o que su división le cause un detrimento físico o

⁸¹⁵ Al respecto, se pronuncia, la S.A.P. Lugo 8 de julio 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amado Fernández Cloos) AC 1994\1195, en su Fundamento de Derecho Quinto, señala: “Así es evidente que ha de desplegar sus efectos lo dispuesto en el art. 529 C.c., que determina una sanción específica para ese abuso grave cual es la extinción de los derechos de uso y habitación”.

⁸¹⁶ Vid. Arts. 401-404 C.c.

⁸¹⁷ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 158. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 564.: “No hay que entender la expresión finca en sentido restrictivo. Muy al contrario puede tratarse de un bien mueble o de una explotación, como las contempladas en el art. 1056 C.c., que o bien no consienta división, o su división suponga un grave deterioro económico del bien”

económico (no hay inconveniente, pese a su tenor literal, en aplicarlo analógicamente a los bienes muebles)”. Por tanto, implica que se aplicará tanto a los bienes inmuebles como, a los bienes muebles, en el caso por ejemplo de una vivienda que corresponda a varios interesados, o, el caso de un cuadro de un prestigioso pintor.

En este caso, el autor SERRANO GARCÍA⁸¹⁸ distingue en el art. 821 C.c., dos elementos: “el 1º párr., del art. 821 C.c.,⁸¹⁹ se trata de la atribución de legado hecha a tercero (legatario), y en el 2º párr., del precepto se ocupa de un legado hecho a un legitimario”. Por lo que, los autores DIEZ PICAZO y GULLON⁸²⁰ entienden que la forma de actuación: “del legatario con la obligación de abonar el exceso reducible en metálico a los legitimarios⁸²¹ y dan el ejemplo “si en lugar de 10.000 pesetas el exceso fuese de 16.000, el derecho lo tendrán los legitimarios, abonando al legatario 14.000 pesetas” y si la finca queda para los legitimarios, con la obligación de abonar en dinero la cantidad que represente la parte de la finca que hubiera sido del legatario, (pero el art. 821. 2º párr. C.c., señala la regla especial del legatario⁸²²) y dan los autores el ejemplo, “la finca legada

⁸¹⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 564.

⁸¹⁹ Al respecto, entiende el autor BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 158.: “sobre el art. 821.1 C.c., contempla una excepción al principio general al cual la reducción de atribuciones gratuitas inoficiosas ha de realizarse in natura”. Por lo que, entendemos de lo contrario la reducción en metálico no se establecería.

⁸²⁰ DIEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., pps. 440-441.

⁸²¹ De esta forma el legatario de la finca puede retener la cosa legada, por entero, abonando el exceso reducible a los legitimarios

⁸²² Respecto a este punto, también lo sostiene el autor LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 388.: “El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima”.

tiene un valor de 30.000 pesetas, y el exceso reducible es de 10.000 pesetas. Como no llega a la mitad del valor, el legatario tiene derecho a quedarse íntegramente con la finca, abonando a los legitimarios las 10.000 pesetas”.

Por otra parte, la novedad de este art. 821 C.c.,⁸²³ se añade un 3º párr., que contiene una regla que se ajusta al ejercicio de la acción de división (actio communi dividendo), contenido en el art. 404 C.c., en las situaciones de indivisión, este precepto no se refiere a la subasta, sino a la venta. Aunque está a favor de la subasta el autor BUSTOS LAGO⁸²⁴ al señalar: “si ninguno de los herederos o legatarios ejercita la facultad que les concede el párrafo 2º de este artículo (art.821 C.c.), la cosa indivisible objeto del legado se venderá en pública subasta a instancia de cualquiera de los partícipes (legatario o legitimario), imputando la parte necesaria del precio obtenido al complemento de la legítima necesario y dando sobrante al legatario”.

Por otro lado, la autora YSÀS⁸²⁵ sostiene: “que el art. 821 C.c., trata de evitar la venta en subasta pública, siempre que ello sea posible,

⁸²³ Por lo que, la causa de la novedad como señala FERNÁNDEZ DE PALENCIA BELLOD, E., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su aplicación en Aragón”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo) (1ª Ed.). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, p. 590.: “Los antiguos arts. 821 y 822 del Código Civil (Legado sujeto a reducción, por razón de legítima, de una finca que admita cómoda división (en este caso sería que no admita) pasan a refundirse en el art. 821 C.c.”.

⁸²⁴ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 159.

⁸²⁵ YSÀS SOLANES, M., (Coord. Rogel Vide, A.,) (2006). “La Legítima (V)”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones*. Manuales Básicos (MANUBAS). Mataró (Barcelona): Cálamo, p. 204.

conservando el legado para un solo beneficiario sea legatario o el legitimario”.

Nuestra conclusión sobre el precepto, ante la imposibilidad de venta tanto por el legatario, como por el legitimario, puede darse la posibilidad de la subasta, aunque puede afectar al valor del bien inmueble o mueble, al mismo tiempo que el legislador ha previsto en última instancia, el hecho de que ello podría presumirse una violación del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima, lo que conduce en la negativa que el testador pueda imponer directamente la venta en pública subasta del bien que es de incómoda división.

Por otra parte, el art. 821 C.c., no menciona al incapacitado judicial, ni tampoco al discapacitado, lo que representa que no está dirigido el contenido de su modificación a estas figuras jurídicas, pero si indirectamente puede afectar a ellas, en cuanto la incómoda división del bien o bienes, pues sería perjudicial para ellos por el tiempo que durará la incómoda división del bien o los bienes, puesto que su duración afectaría tanto al legitimario o al legatario, y por tanto el legislador habría de haberlo tenido en cuenta.

Por otro lado, en la incómoda división de bien o bienes, podrían convertirse en metálico para sus “necesidades básicas” por lo que sería positivo para la persona discapacitada o incapacitada judicial.

5. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA FIGURA JURÍDICA DEL INCAPACITADO JUDICIAL

La L.P.P.D., otorga una nueva redacción en los arts. 782, 813 C.c., y, modifica pasando a ser el cuarto el actual párr. 3º., del art. 808 C.c. Con esta medida, se permite que el testador pueda gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria⁸²⁶, beneficiándole a un hijo, o descendiente incapacitado judicial⁸²⁷, con la posibilidad de que puedan existir varios legitimarios. De esta forma, es muy explícita la (E.M. VII. b) de la L.P.P.D., que señala: “Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso a diferencia de otros regulados en la Ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiario, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la Ley”.

Por lo que, deducimos que el legislador estimó conveniente conseguir la finalidad protectora por el causante a favor de un hijo o descendiente incapacitado judicial fiduciario pudiéndose extenderse a toda la herencia, de manera que todo el completo caudal hereditario del padre, o, de la madre, o, ascendientes (abuelos), puedan destinarse a las “necesidades

⁸²⁶ La sustitución fideicomisaria supone varias liberalidades (herencia o legado).

⁸²⁷ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 447, matiza: “el gravamen consiste en la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario sustituido será el legitimario judicialmente incapacitado y fideicomisarios los restantes colegitimarios, pudiéndose establecerse sobre la “legítima estricta”.

vitales” del hijo o descendiente incapacitado judicial. Por lo que, la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁸²⁸ es muy crítica aportando: “pues de nuevo el legislador introduce, en la regulación de la protección patrimonial del discapacitado, una medida injustificadamente discriminatoria”, atendiendo a la autora y al precepto anteriormente citado de la L.P.P.D., que solamente es de aplicabilidad a las personas incapacitadas judiciales y no es extensible a las personas con discapacidad, por lo que representa para nosotros una desprotección respecto a estos últimos.

Puesto que la aplicación de la sustitución fideicomisaria se debe a la preocupación del legislador como se expresa en la (E.M.I.) de la L.P.P.D.: “Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores”. Por lo que, el hijo o descendiente incapacitado judicial necesitará que uno de los padres supervivientes, o, familiares se ocupen de ellos.

Por otro lado, puede ocurrir que la persona incapacitada judicial puede estar interesada en la recuperación de su capacidad, como así lo entiende el autor LERDO DE TEJADA⁸²⁹: “el propio incapacitado normalmente tendrá un interés en recuperar su capacidad de un grado superior al de conservar el fideicomiso, nada impide a los colegitimarios interesados pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, para que sea éste si así lo considera quien formule la petición para iniciar el procedimiento”.

⁸²⁸CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 109.

⁸²⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., (2005). *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Revista Jurídica del Notariado enero- marzo nº 53, p. 134, nota 36.

Por tanto, para que sea constituido el fideicomiso como aporta la autora DÍAZ ALABART⁸³⁰: “está pues sometido a una condición esencial, la condición de incapacitado del fiduciario. Por tanto, no es una condición puesta por el testador, sino que está implícita en la propia figura una *conditio iuris*”. Por lo que, implica que si no se cumple la condición de incapacitado judicial no se podrá crear el fideicomiso, y si el fideicomiso está creado y recupera la capacidad la persona, tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso.

Por otro lado, para la existencia de la sustitución fideicomisaria, debe de plasmarse en un testamento válido, con la expresa voluntad del testador, con concordancia con el art. 785 C.c., sin sobrepasar los límites del art. 781 C.c. Por lo que, el autor LERDO DE TEJADA⁸³¹ entiende: “lo cierto es que la decisión del legislador de imponer que el causante utilice esta alambicada vía del fideicomiso lleva a considerar que el gravamen a la legítima estricta debe tener una manifestación expresa y cuasiritual en la voluntad del testador, por cuanto sólo se permite dicho gravamen mediante la utilización de una concreta institución que exige la constitución expresa y no admite la forma tacita. Ello parece implicar esa voluntad testatoria”.

Por nuestra parte, manifestamos que habría de haber unificado el legislador los conceptos de discapacidad e incapacidad judicial, aunque es un gran avance por parte del legislador de proteger a las personas incapacitadas judiciales, puesto que en este Siglo XXI, tras los avances médicos sobrevienen a sus progenitores estas personas, por lo que se deben

⁸³⁰ DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 7.

⁸³¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Op. Cit., p. 129.

atender sus “necesidades vitales” por los hermanos, o familiares de la persona judicialmente incapacitada, pudiendo recobrar está la capacidad de obrar.

5.1. La reforma del artículo 782 del Código civil

Como hemos visto sólo pueden ser beneficiarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados del causante. Al respecto, la autora POUS DE LA FLOR⁸³² entiende: “con estas reformas parciales del C.c., se está optando por fijar un sistema sucesorio el que se encuentra implicados dos elementos: 1º la tensión que existe en la libertad de testar y, 2º la fijación de una cuota reservada de forma obligatoria a favor de los familiares del testador o causante viéndose más gravada con la nueva redacción otorgada al art. 782 C.c.”. Por tanto, para nosotros implica la ruptura del principio de intangibilidad de la legítima que se caracteriza en nuestro Derecho común, tras la reforma del art. 782 C.c., se permite que la sustitución fideicomisaria pueda gravar la legítima estricta a favor de un hijo o descendiente incapacitado judicial, por lo que se amplía el ámbito de libertad del testador, que anteriormente estaba restringido al tercio de mejora y de libre disposición⁸³³.

⁸³² POUS DE LA FLOR, M^a P., (Dir. Lasarte. C.,) (2005). “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”, en AA.VV., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*. Madrid: Idadfe, uned y el derecho editores, p. 688.

⁸³³ Al respecto, la autora POUS DE LA FLOR, M^a P., “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”. Op. Cit., p. 689, aporta: “Es sentir de la doctrina que la cuota del haber hereditario sobre la que recae esta sustitución fideicomisaria, pueda extenderse no sólo al tercio de legítima estricta sino también al tercio de mejora y libre disposición, es decir nada obsta a que pueda

Por otra parte, la autora FUENTESECA⁸³⁴ no está de acuerdo pues el legislador olvidó a la persona discapacitada: “puesto que el art. 782 C.c., menciona a los descendientes, pudiendo entenderse que sí cabría establecer una sustitución fideicomisaria en beneficio de un discapacitado nieto judicialmente incapacitado. Sin embargo, parece quedar fuera de este párrafo, puesto que requiere la efectiva incapacitación judicial, por ejemplo el caso del *nasciturus* respecto de cual ya se sabe que nacerá con síndrome de Down, en este sentido sería interesante que el legislador hubiera atendido a estas circunstancias, y añade, e incluso piénsese en la problemática que supondría plantear cuando los padres que tiene varios hijos sin minusvalías deciden adoptar a otro hijo con síndrome de Down, puede perjudicar a los demás hijos del causante, ya que el sistema de legítimas pretende igualar y no privar de uno de los bienes que podría necesitar la persona”. Por lo que, pensamos que es importante la decisión del causante en la sustitución fideicomisaria.

Por otra parte, el art. 782 C.c., permite que se grave la parte de legítima estricta de los coherederos, no la que corresponde al propio incapacitado judicial, que puede disponer libremente. Por lo que, el autor RIVERA ÁLVAREZ⁸³⁵ sostiene: “si la legítima estricta no se respetara en dicha norma, se habría adoptado la posición que se da en la mejora”.

ampliarse a la totalidad de la herencia, y ello, obedece al propio carácter excepcional que se viene atribuyendo a esta sustitución, en cuanto se trata de una facultad y no una imposición que se otorga al causante sobre la disponibilidad de sus bienes”.

⁸³⁴ FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., p.1748.

⁸³⁵ RIVERA ÁLVAREZ, J. M., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González F. P.) (2004). “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”, en

En sentido opuesto, la autora FUENTESECA⁸³⁶ se manifiesta contraria a que se grave sobre la legítima estricta, y argumenta: “son elementos históricos y fundamentados en los antecedentes en nuestro C.c., la ausencia de disponibilidad sobre la legítima estricta se deriva de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al gobierno para publicar un Código civil, concretamente la Base 16. Obsérvese que respecto de la que se denomina legítima no se precisa, como en los demás supuestos, que el causante pueda disponer de ella, citando la autora el art. 820.3º C.c.”

Y más concretamente en la L.P.P.D., que nos ocupa el autor BUSTOS LAGO⁸³⁷ aporta: “la legítima estricta, no puede estar sometida a sustitución, salvo para el caso introducido por la Ley 41/2003, de que lo sea el beneficiario de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808 C.c.”.

Por otro lado, la causa de protección de incapacitado judicial por parte del legislador para el autor RIVERA ÁLVAREZ⁸³⁸ entiende: “que el incapacitado no tendrá descendencia”. Lo cual nos debe llevarnos a considerar que el supuesto propio del art. 782 C.c., es aquel que se da para el sujeto incapacitado judicial sin descendencia, pues de lo contrario la propia dinámica de la sustitución podría perjudicar los derechos de sus

AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2 tomos) (1ª Ed.). Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, p.4195.

⁸³⁶ FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., pps.1746-1747.

⁸³⁷ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil” Op. Cit., p. 120.

⁸³⁸ RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”. Op. Cit., p.4196.

herederos forzosos. En este sentido, los derechos de los herederos forzosos del incapacitado judicial, no se grava nada, considerándolos en la misma forma que la figura jurídica de la sustitución ejemplar, atendiendo al art. 777 C.c.

Por otro lado, entendemos que si puede someterse a un tercio de mejora (a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados), por lo que es independiente de la L.P.P.D. A tal efecto, cabe señalar la D.G.R.N. Resolución 5 de diciembre 1989 (Propiedad) RJ1989\8881, en su Fundamento de Derecho Primero: “las operaciones particionales relativas a la herencia del Sr., como mejora testamentaria y con carácter de heredera fiduciaria, con las condiciones testamentarias recogidas en la inscripción extensa, y que son las siguientes: “Séptima... con el fin de que se conserven en la familia dichos bienes, y protegiendo así cuidadosamente los intereses de los propios herederos, ordena el testador que los bienes que integran el tercio de libre disposición y de mejora, no puedan ser enajenados o gravados en vida de los herederos o sea, de sus nietos, quienes ostentarían sólo el carácter de fiduciarios con la obligación expresa y terminante de conservarlos y transmitirlos a su fallecimiento sin merma alguna a sus descendientes, que serán los herederos fideicomisarios”, “Sexta: Mejora a su nieta y ahijada”, “Séptima: El resto de dicho tercio de mejora y la totalidad del tercio de libre disposición salvo en cuanto a éste las deducciones que deben hacerse en cumplimiento de este testamento, se distribuirán por quintas partes iguales entre sus citados cinco nietos”. Fallecida la Sra., sus herederos testamentarios sobrinos de aquélla, reclaman la inscripción a su favor de las referidas fincas, a lo que el Registrador se opone invocando que éstas se hallan sujetas a dos sustituciones previas, una a favor de los descendientes de los respectivos herederos fiduciarios y otra a favor de los descendientes de los demás

nietos del testador”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia en la S.T.S. 3 de noviembre 1989 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda) RJ 1989\7847, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “la evidente voluntad de la testadora de circunscribir la atribución hecha a título de mejora de usufructo vitalicio y simultáneo que dispone a favor de aquellas de sus hijas que se mantengan solteras y seglares a fin de preservar su situación económica, agotándose la mejora al fin de dicho usufructo y estableciendo la vuelta entonces al principio básico y regular de la igualdad de las estirpes de sus descendientes con que en la cláusula cuarta del testamento se define la institución de heredero y que debe determinar la igualdad de los derechos sucesorios de las estirpes de nietos de la causante que existen”. Por tanto, como hemos visto siempre que se realice a favor de los legitimarios o descendientes del sustituyente de acuerdo con el art. 824 C.c.

Nuestra conclusión sobre el art. 782 C.c., en su tenor literal, es que el legislador concedió al testador la necesidad de amplitud, para atender a las necesidades del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, gravando la legítima en su beneficio, aunque hay que observar que sólo es por medio de la aplicación de la L.P.P.D., cuando recae el tercio destinado a la mejora, haciéndose a favor de los descendientes, por motivos de “necesidad” que puedan tener puesto que son incapacitados judiciales.

5.2. *Los problemas de disposición del incapacitado judicial en la sustitución fideicomisaria*

Como está reflejado es este estudio, el incapacitado judicial tiene limitaciones en la facultad de disponer porque tiene limitada su facultad de obrar, aunque tenga un patrimonio. Atendiendo a la sentencia de incapacitación,⁸³⁹ el incapacitado será sometido a la tutela⁸⁴⁰ o curatela⁸⁴¹ o patria potestad prorrogada o rehabilitada⁸⁴², actuando mediante un

⁸³⁹ Al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 463-464, aporta: “No hay que olvidar que el fiduciario tiene que ser una persona judicialmente incapacitada y, por consiguiente, bajo una figura de guarda y protección, normalmente tutela, aunque puede ser curatela”.

⁸⁴⁰ Al respecto, cabe señalar la S.T.S. 28 de abril, núm.424/2003 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) RJ 2003\3813, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “como razón fundamental del que, como preceptúa el artículo 210 del Código Civil (artículo derogado), la sentencia en que se declare incapacitación, además de determinar la extensión y límites de ésta, se fijará el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”, y siguiendo adicionalmente aporta la autora GARCÍA TRESGUERRES- FERNÁNDEZ, A., (Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Disposiciones de protección mortis causa del incapaz”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP*. (1ª Ed.). Madrid: Civitas, p. 243.: “la imposibilidad de testar del discapaz, salvo que la sentencia de incapacitación autorice otra cosa”.

⁸⁴¹ Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Barcelona 22 de noviembre 1999 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) AC 1999\8282, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “al conservar la Sra., plena autonomía a nivel funcional, la Sala estima que se declare si bien, dado que la misma prueba de exploración judicial se colige que precisa una protección en el ámbito patrimonial, debe decretarse la incapacitación parcial de la misma, el curador refuerza, controla y encauza la voluntad del afectado, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función es más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haga de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia”.

⁸⁴² En este sentido, cabe citar la S.A.P. Alicante 11 de Octubre, núm. 397/2010 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Julio Calvet Botella) JUR 2011\23585, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que señala: “la incapaz Sra., por razón de enfermedad, acreditada suficientemente en virtud de la documentación

representante legal, o, bajo la asistencia del curador. Por tanto, resulta que la persona con incapacidad judicial será muy difícil que pueda ejercer el poder de disposición que se concede, conllevando la necesidad de asistencia de sus representantes legales, tanto del tutor, o, de la patria potestad de autorización judicial siempre que lo necesiten arts. 270 y ss., y 164 y ss., C.c. Por lo que, no es necesario en el caso de la curatela configurado en el art. 289 C.c. Por tanto, en el caso de que la persona no esté incapacitada judicial, a tal efecto el autor LERDO DE TEJADA⁸⁴³ entiende: “que existen casos en que sin estar incapacitada judicial la persona conste, o sea conocida de cualquier forma que hay una persona con pérdida de autogobierno importante”. Por lo que, entendemos que la única forma de garantizar la limitación de capacidad de obra será por medio del art. 199 C.c.

Nuestra pregunta es, ¿quien puede administrar el fideicomiso? Puesto que es el fiduciario una persona incapaz. Al respecto, entendemos que pueden darse dos situaciones: la primera que la persona incapacitada judicial, como hemos visto tenga un patrimonio, en este caso será administrado por los tutores o el tutor, que pueden ser los padres, o, el padre, y la segunda situación mediante el curador, en este último caso será una incapacitación parcial.

aportada, reconocimiento judicial, debemos coincidir con el Magistrado de instancia, de la procedencia de la rehabilitación de la patria potestad acordada por concurrir los requisitos para ello: convivencia con la madre y el estado de soltería de la incapaz, requisitos contenidos en la norma posara la rehabilitación; ello unido al hecho de no estar acreditado que la madre esté incurso en inhabilidad para el ejercicio de la patria potestad, y cundo, en cualquier caso, el cargo de tutor recaería en la madre, (art.234. 3º C.c.)”.

⁸⁴³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Op. Cit., p. 137.

Por otra parte, como habíamos mencionado anteriormente, puede que el incapacitado judicial, tenga un grado de minusvalía, lo que le da derecho el art. 2.2º y 3º ⁸⁴⁴ de la L.P.P.D., a la creación de un P.P., respecto al fideicomiso, será según como se integren sus bienes y derechos en el patrimonio personal, o, en el P.P., por tanto los administradores pueden ser los mismos, la diferencia será que en patrimonio personal no podrá su administrador disponer de los bienes a favor de la figura jurídica del fiduciario ⁸⁴⁵, como ocurre en el P.P.

Otra causa que puede surgir, en la disposición del incapacitado judicial, que los progenitores fallecieran, pudiéndose suscitarse conflictos, si sus representantes legales o curadores fueran los descendientes fideicomisarios, pues estos viendo consumida la herencia fideicomitada, actuarían para conservarla con la consecuencia de no disponer de sus bienes. Por lo que, se entiende que los descendientes fideicomisarios estén incurso en la causa de inhabilidad para ser tutores mediante la aplicación del art. 244.4º C.c., pudiendo ser exonerados si se designa el cargo de tutor por los padres en su disposición de última voluntad a no ser que se aplique el art. 246 C.c., últimos párrafos in fine.

⁸⁴⁴ Art. 2.2º y 3º señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 y 3º El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme al reglamento o por resolución judicial”.

⁸⁴⁵ Al respecto, la autora DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 77, aporta: “lo cierto es que el administrador que sea no puede disponer de esos bienes en puro provecho del fiduciario representado ni con autorización judicial (salvo que se tratara de un fideicomiso de residuo este carece de sentido en el art. 808 C.c.)”.

Otra circunstancia que puede ocurrir, es el problema de capacidad de obrar “mortis causa” de la persona incapacitada judicial, posibilidad que se puede recoger en la cláusula de residuo pues es una posición muy extrema⁸⁴⁶, sí se recoge el poder de disposición “mortis causa”, es imposible como lo señala la doctrina entre los autores cabe citar a la autora DÍAZ ALABART⁸⁴⁷ que entiende: “precisamente por carecer o tener muy

⁸⁴⁶ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Madrid 12 de julio, núm. 82/2006 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Sánchez Sánchez) AC 2007\116, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “el derecho del sustituto por cláusula de residuo es eventual o de mera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario, no haya dispuesto de la totalidad de los bienes- condición suspensiva- al llegar el día de su fallecimiento- institución a término incierto-; lo que significa que así como el sustituto fideicomisario adquiere a la muerte del testador, de modo definitivo, el derecho a la nuda propiedad de todos los bienes en que ha sido instituido, para consolidar el pleno dominio el día que fallezca el fiduciario, el sustituto de residuo no adquiere a la muerte del testador, de modo definitivo, el derecho de nuda propiedad de todos los bienes en que ha sido instituido, para consolidar el pleno dominio el día que fallezca el fiduciario, el sustituto de residuo no adquiere el derecho a la sucesión, hasta el momento de la vida del primer llamado, pues sólo en ese momento su derecho eventual puede devenir perfecto al residuo si la condición no se hubiera cumplido y Segundo, el instituido primeramente en la sustitución fideicomisaria viene obligado a conservar como mero usufructo los bienes de la herencia y a transmitirlos al sustituto en el momento fijado por el fideicomitente, al paso del fiduciario de residuo puede disponer, por acto mortis causa, si para esto hubiera sido autorizado también por el testador, viniendo solamente obligado a restituir lo que quedase al tiempo de su muerte”, y siguiendo adicionalmente el autor LACRUZ BERDEJO, J. L.,(2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 276, aporta: “El orden sucesivo existe, y sólo el quantum es incierto. Mas esa incertidumbre no desvía la modalidad de residuo del género de las sustituciones, e incluso no excluye la persistencia de un deber de conservar en cuanto no haya autorización para consumir (en sentido estricto) o para enajenar; o un deber de conservar que implica la prohibición de dañar o destruir los bienes o la obligación de custodiarlos, de modo que no salgan de acervo relicto sino en el modo y manera estrictamente permitidos”.

⁸⁴⁷DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 8. BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 139, manifiesta: “sin que pueda establecerse un fideicomiso de residuo respecto a la legítima estricta, siendo esta interpretación conforme a las reglas generales en materia de legítima”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 464.: “no me parece admisible que la sustitución fideicomisaria nueva pueda adoptar la modalidad de residuo”.

mermada la obligación de conservar los bienes fideicomitidos es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el art. 808.3 C.c. De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta, en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitidos. Por ello el admitirse que el fideicomiso del art. 808.3 C.c., pueda ser excesivo, sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios con la sustitución fideicomisaria”. Por lo que, a nuestro entender es imposible la aplicación de la cláusula de residuo, puesto que este fideicomiso es excepcional y no es un fideicomiso ordinario.

Por tanto, debemos de tener presente la limitación que tiene el incapacitado judicial para hacer testamento, art. 663. 2º C.c., por lo que el presunto incapacitado podrá realizarlo, condicionado al art. 665 C.c.

Por otro lado, el incapacitado judicial, como hemos visto incluso puede recuperar su capacidad⁸⁴⁸, contemplándose el problema que ocurre

⁸⁴⁸ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P Valladolid 3 de mayo, núm. 147/2007 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. José Ramón Alonso-Mañero Pardal) JUR 2007\261722, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “Así, cabe indicar que ciertamente el Sr., resultó incapacitado por sentencia de fecha 22 de marzo de 1.991, que reconocía los antecedentes de tratamiento psiquiátrico desde 1979, habiendo sido diagnosticado de esquizofrenia paranoide y trastorno tipo bipolar, obrando en las actuaciones el informe médico forense emitido con fecha 9 de febrero de 1991 en el juzgado de instancia en el proceso de incapacitación, lo cierto es que el Sr., vive solo en vivienda que le ha sido adjudicada

en la sustitución fideicomisaria, por lo que puede tener efectos resolutorios, y, además la carga impuesta por la legítima estricta de los demás descendientes no incapacitados judiciales, pudiéndose darse el caso que en este momento es capaz, por el tiempo puede ser incapacitado judicial y podrá disponer para su muerte del patrimonio fideicomitado, si se estableció en su momento.

Pues aparte de lo que hemos estudiado pueden surgir problemas de disposición en la sustitución fideicomisaria:

a) La primera situación que puede ocurrir es que no puedan en el fideicomiso los llamados a disponer del bien o bienes por “mortis causa” o por estar incapacitados judicialmente, o, por no haberlo dispuesto expresamente en la herencia pasando a los segundos llamados.

b) La segunda situación, es el caso de que el incapacitado judicial no pueda tener posibilidad de disponer “mortis causa”, y para evitar que el incapacitado judicial muera intestado debemos de aplicar el art. 776 C.c., de esta forma podemos deducir que tiene la facultad el ascendiente para realizar una cláusula que establezca la sustitución fideicomisaria respecto a su propio patrimonio como una sustitución ejemplar sobre el patrimonio

por su propia gestión, lo hace independiente y es autosuficiente para su propio gobierno y decisión de las cuestiones fundamentales de su vida, desarrollando una amplia actividad formativa y cultural, al haber participado en numerosos cursos de formación en diversos foros, así volcándose últimamente en la actividad literaria, publicando diversos libros de poemas, integrándose en la Asociación de Escritores, e incluso dando luz a un sello editorial propio desde el que edita sus publicaciones. En estas circunstancias difícil resulta cuestionar su capacidad meramente personal de autogobierno, pero también la patrimonial y la adaptativa, pues con independencia de la declaración legal de incapacidad dictada en 1.991, lo que resulta de las actuaciones es que el Sr., se ha venido desenvolviendo todos estos años por sí mismo, sin límites ostensibles en su actividad, debiendo por ello estimarse el recurso interpuesto al objeto de que la reintegración de la capacidad sea total y absoluta tal y como se reclamaba en la demanda”.

del incapacitado. Por lo que, se refuerza la reforma del art. 782 C.c., pues si la sustitución ejemplar se planteará solamente en los bienes del ascendiente, existiendo dos llamamientos y heredando los dos llamados, vemos que no existe diferencia entre los arts. 775 y 782 C.c.

5.3. Las obligaciones que tiene el fiduciario

Una de las obligaciones que tiene el fiduciario (incapaz) es la obligación de conservar el fideicomiso, puesto que el fiduciario mientras viva es dueño del fideicomiso que lo integran bienes y derechos, con la adquisición de sus rendimientos, sin que intervenga el fideicomisario⁸⁴⁹.

Por otro lado, si realizan transformaciones o modificaciones en los bienes o derechos que comprende el fideicomiso, el fiduciario (o por medio de su tutor o representante legal) necesitara el consentimiento del fideicomisario, salvo disposición del testador, puesto que su obligación es la conservación del fideicomiso y su gestión. A tal efecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁸⁵⁰ entiende: “el fiduciario (incapacitado judicial) se le aplicará por analogía, como contenido de su obligación de conservar y cuidar el patrimonio fideicomitado como un buen padre de familia⁸⁵¹, que establece el C.c., para el usufructuario (art. 497 C.c.), así como la

⁸⁴⁹ Al respecto, los autores DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 365, manifiestan sobre la figura del fideicomisario: “es el último que recoge la herencia sin que pese sobre él ninguna carga de conservación y restitución”.

⁸⁵⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 199.

⁸⁵¹ Por lo que, el autor LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 268, refiriéndose al fiduciario aporta: “puesto que tiene la obligación de mantenerlos y conservarlos con la diligencia de un buen padre de familia”.

obligación de poner en conocimiento de los fideicomisarios, cualquier acto de que tenga noticia y que sea capaz de lesionar la propiedad de los bienes fideicomitidos (art. 511 C.c.)”. Por lo que, la autora SOLÉ⁸⁵² aporta: “el fiduciario es un heredero y, por tanto, el propietario de los bienes objeto de fideicomiso, aunque lo es con carácter temporal”, lo que implica la imposibilidad de enajenar los bienes que son objeto del fideicomiso y solamente tiene la facultad de conservarlos como se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 13 de diciembre 1974 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Federico Rodríguez Solano y Espín) RJ 1974\4677, en su Considerando Primero y Segundo, señala: “es indudable que dicha disposición se contiene una clara vocación testamentaria, la obligación del fiduciario de conservar los bienes”.

Por otro lado, tenemos que tener presente que ciertos bienes fideicomitidos pueden ser consumibles ante esta situación, el autor SERRANO GARCÍA⁸⁵³ expone: “el fiduciario puede usar y disfrutar de esos bienes, y, por otro lado, hay bienes que para mejor conservación puede ser necesario realizar actos de disposición, y añade, si es preciso para conservar un bien es necesario enajenar otro⁸⁵⁴, pues resalta el autor el C.c., en su regulación no incluye, propiamente una prohibición de disponer⁸⁵⁵,

⁸⁵² SOLÉ RESINA, J., (Coord. Rogel Vide, A.) (2006). “La sustitución fideicomisaria”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones. Manuales Básicos (MANUBAS)*. Mataró (Barcelona): Cálamo, p. 144.

⁸⁵³ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 476.

⁸⁵⁴ Como aporta, la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 13.: “Aun sin poder enajenar definitivamente los bienes fideicomitidos dentro de la amplias facultades de gestión y administración que corresponden al fiduciario es posible que haya bienes que se enajenen correctamente pues lo obtenido por ellos servirá para cubrir las obligaciones y cargas de la herencia fideicomisaria”.

⁸⁵⁵ Al respecto, la autora GARCÍA TRESGUERRES- FERNÁNDEZ, A., “Disposiciones de protección mortis causa del incapaz”. Op. Cit., p. 243, entiende que: “la sustitución fideicomisaria (art. 781 C.c.),

sino de limitaciones en la facultad de enajenar en tanto no puedan perjudicar al fideicomisario⁸⁵⁶, y en este caso el autor afirma que el fiduciario puede gravar y enajenar para pagar las deudas de la herencia, o para evitar que se pierdan cosas de difícil conservación”. Por lo que, entendemos que sí podría actuar el fiduciario incapacitado judicial por medio de su tutor, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa, aplicándose el art. 783 C.c.

Ante esta situación, la autora NUÑEZ⁸⁵⁷ aporta: “no es una solución idónea que garantice el futuro económico de las personas incapacitadas judicialmente, gravar la legítima estricta de sus colegitimarios con una sustitución fideicomisaria establecida a su favor con la concesión de la propiedad del resto del patrimonio, puesto que los beneficios son mínimos y los perjuicios que pueden ocasionar escapan de la previsión del legislador y del testador”.

que presenta perfiles rígidos para su finalidad perseguida, en cuanto no permite disponer de los bienes constantes el gravamen de restitución- a salvo supuestos especiales- y marca la trayectoria de los bienes del disponente pero no de la totalidad del patrimonio del discapaz”, pudiendo referirse la autora en ciertos casos, pero admite la no disposición de los bienes con el gravamen de restituirlos a los legitimarios.

⁸⁵⁶En este sentido, el autor RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”. Op. Cit., p. 4201, entiende: “la titularidad del derecho está limitada por la existencia de la sustitución fideicomisaria, por un lado, y por la propia ley al establecer los derechos legitimarios de los demás descendientes fideicomisarios que en todo caso deben de ser protegidos”.

⁸⁵⁷ NUÑEZ NUÑEZ, M., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “Algunas reflexiones-negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 683.

Por otra parte, el autor RIVERA ÁLVAREZ⁸⁵⁸ sostiene: “que prima antes el fiduciario incapacitado que puede tener la necesidad de disponer de un bien o derecho de la herencia para satisfacer sus necesidades vitales, haya o no obligación de conservar ya toda la herencia o la parte que corresponde a la legítima estricta”. Por lo que, entendemos como habíamos mencionado anteriormente que el fiduciario tiene la obligación de conservar el fideicomiso, como señala el art. 783 C.c.

Al respecto, si fuera el fiduciario una persona no incapacitada judicial, podría cumplir con esta obligación. En sentido opuesto nuestra pregunta es, ¿cómo puede cumplir esta obligación si el fiduciario es incapacitado judicial? Pues entendemos que esta obligación tendrá que cumplirla el tutor, recayendo la responsabilidad sobre él mismo, si el incapacitado judicial, y sí tuviera una incapacidad parcial se aplicaría la curatela, y no sería un impedimento para conservar los bienes, por lo que se aplicará el art. 511 C.c., lo que implica que será el responsable de la conservación del fideicomiso.

Por otra parte, entendemos que el fiduciario incapacitado judicial puede disponer de los bienes en ciertos casos por medio de sus representantes legales, siempre que sea necesario para conservarlos, aunque el legislador habría de haber pensado más en el fiduciario incapaz, puesto que en caso de necesidad para sus “necesidades vitales” no puede disponer de ellos, por ejemplo puede llegar el caso de que el fideicomiso consista en una finca agrícola, y que los gastos de mantenimiento sean superiores a

⁸⁵⁸ RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”. Op. Cit., pps.4200-4201.

sus frutos y que sólo el incapacitado fiduciario no tenga otro recurso, y tenga necesidad económica para sobrevivir.

Por otro lado, el fiduciario tendrá otras obligaciones en el fideicomiso:

a) El inventario del fideicomiso y su fianza

En el fideicomiso que estamos tratando es un tanto especial, puesto que el fiduciario es incapacitado judicial, no pudiéndole exigirle que éste realice el inventario personalmente, pero si lo podrá realizar si es un menor incapacitado judicial por medio de quien tenga la patria potestad, o bien este prorrogada, mediante sus representantes legales o el tutor si es una persona incapacitada mayor de edad⁸⁵⁹, en el caso del curador no tiene la posesión de los bienes del curatelado, por lo que le atenderá a éste solamente a sus negocios el curador, con la aplicación de los arts. 286 y 289 C.c., y en todos los casos se aplicará analógicamente el art. 491.1° C.c.

Por otro lado, el autor LACRUZ BERDEJO⁸⁶⁰ entiende: “respecto al fiduciario si le son aplicables ciertas normas del usufructo”, por lo que la autora DÍAZ ALABART⁸⁶¹ aporta sobre estas normas: “precisamente por el deber de conservación que pesa sobre el fiduciario en cualquier

⁸⁵⁹ Al respecto, si una persona con una incapacidad total, habría realizado el inventario por medio del tutor pues aceptó este el cargo, efectuándose sobre los bienes heredados y gravados, y, a posteriori el incapacitado tiene una reintegración parcial, podrá realizarla el mismo con la asistencia del curador, pudiéndose producir otro inventario de los bienes.

⁸⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V.* Op. Cit., p. 268.

⁸⁶¹ DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., pps. 72-73.

fideicomiso, aunque no haya una norma específica en el C.c., que lo imponga, (refiriéndose la autora que se tiene que recurrir por analogía a los arts. 491 y 977 C.c.), es evidente que éste estará obligado a inventar los bienes fideicomitidos, y añade, puede que el fideicomisario es además legitimario del causante-fideicomitente es impensable que no se pueda exigir el inventario”.

Por otra parte, atendiendo al art. 225 C.c., podemos entender que se desprende, en la disposición testamentaria, refiriéndose a la necesidad de hacer inventario, o, a la dispensa de realizarlo, por lo que no requiere su aprobación judicial, si los fideicomisarios admiten su conformidad respecto al inventario, ante esto el autor SERRANO GARCÍA⁸⁶² aporta: “no le parece dispensable que, aunque se disponga que se efectúe sin intervención judicial, se tenga que añadir al inventario del patrimonio del incapacitado judicial que tendría que estar hecho antes”. Por lo que, entendemos que es conveniente que sí el fiduciario es incapacitado judicial se aplicará el art. 216 C.c., previo informe del Ministerio Fiscal y la aprobación judicial, con la vigilancia del Ministerio Fiscal del inventario de los bienes del fideicomiso.

Por otro lado, tenemos que entender que funciones se realizan en el momento de hacer el inventario, en este sentido cabe señalar la S.A.P. Tarragona de 20 septiembre 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho) AC 1994\1919, en su Fundamento de Derecho, Segundo que nos aclara que facultad que tiene la realización de un inventario de bienes: “ Se halla establecido para fijar concretamente el número y cuantía de los bienes hereditarios y las obligaciones que contra la herencia se acreditan,

⁸⁶² SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 473.

dejando así por determinada la masa hereditaria que ha de ser el punto básico del cumplimiento de la disposición testamentaria a que se refiere, y evitar la ocultación o desfiguración de bienes, créditos o derechos”.

Por lo que, entendemos que es necesario un inventario aunque no existan artículos concretos en nuestro C.c.,⁸⁶³ atendiendo a su interpretación analógica de otros artículos del mismo cuerpo legal, el legislador en el momento de la modificación de la protección del incapacitado judicial fiduciario, habría de haber modificado el mismo C.c., creando unos preceptos específicos para este tipo especial de fideicomiso. Por lo que, es necesario realizar el inventario de los bienes por la seguridad jurídica que conlleva.

Por otra parte, respecto a la prestación de fianza o de caución el autor SERRANO GARCÍA⁸⁶⁴ entiende: “que no es exigible la fianza en este caso; aparte que los notarios aconsejan al causante-testador que dispense de fianza al hijo o descendiente fiduciario”. Al respecto, la doctrina es reticente en la prestación de prestar fianza o caución, entre los autores

⁸⁶³ En este sentido, si no se hacen inventario de todos los bienes, pueden los fideicomisarios sufrir sus consecuencias. Al respecto, cabe mencionar la S.A.P. Barcelona 29 de septiembre 2000 (Sección 16ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Nuria Zamora Pérez) JUR 2001\19450, en su Fundamento de Derecho Séptimo, señala: “ En cuanto a la pretensión de la parte actora de que formen parte del fideicomiso los bienes muebles y ajuar familiar, existente en el manso familiar, en principio así debía de ser, lo que ocurre es que en el caso de autos, y dado que tanto en el testamento del Sr., como en el inventario efectuado por el Sr., no se hiciera relación de esos bienes y atendido al carácter fungible de los mismos, así como el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del Sr., y que los sucesivos herederos fiduciarios han venido haciendo uso de tales bienes, es imposible determinar si los bienes de esa naturaleza que actualmente se hallan en el manso familiar formaban parte de la herencia”.

⁸⁶⁴ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 474.

debemos citar a la autora DOMENECH⁸⁶⁵ que entiende: “que existe la duda en doctrina, de prestar fianza”.

Nuestra conclusión, en atención a la fianza o caución, entendemos que la doctrina duda sobre su aplicabilidad, y, por otro lado estamos ante una situación excepcional en el que fiduciario está incapacitado judicial, por lo que no podrá prestar consentimiento sobre la fianza y requerirá del tutor para prestarla puesto que necesitará una autorización judicial para prestar el consentimiento en la fianza mediante la aplicación del art. 271.2º C.c., pues esto puede crear una cierta inseguridad para las familias, que pueden ser los padres, o, los representantes legales, pues si no se concede la autorización judicial el tutor no podrá prestar el consentimiento en la fianza, en este momento se regirá por medio del Juez, lo que puede crear una demora en la prestación de fianza.

b) La obligación de transmitir el fideicomiso y sus deducciones

El art. 783.2º C.c., impone al fiduciario esta obligación de transmitir, al fideicomisario el fideicomiso. Por lo que, la autora SOLÉ⁸⁶⁶ aporta: “los

⁸⁶⁵ DOMENECH SALVADOR, A., (Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “Las sustituciones”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho, p.406. DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 73.: “Por otra parte, la intención del legislador al permitir constituir este fideicomiso para favorecer especialmente al descendiente discapacitado incapacitado, parece que no compagina bien con la constitución de garantía”. LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 268.: “que la solución es dudosa, puesto que la jurisprudencia es contradictoria atendiendo a las siguientes sentencias: la S. 21 diciembre 1892 dice que el fideicomisario puede exigirla al fiduciario y la S. 29 enero 1916 niega esa posibilidad”.

autores advierten asimismo que tampoco puede decirse que el fiduciario “transmita” los bienes, sino que dicha atribución se produce automáticamente por la ley”. Por otro lado, atendiendo a la anterior premisa de la autora y del precepto el autor SERRANO GARCÍA⁸⁶⁷ entiende: “que el fiduciario no transmite nada, porque cuando opera la sustitución ya no vive y nada puede transmitir”. Al respecto, nosotros entendemos que en este momento de fallecimiento del fiduciario operará la voluntad del testador que en su día lo plasmo en el fideicomiso. Por lo que, la obligación de transmitir el fideicomiso como entiende la Jurisprudencia en la S.T.S. 13 de diciembre 1974 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Federico Rodríguez Solano y Espín) RJ 1974\4677, en su Considerando, Tercero señala: “se desprende que en ella se observó el “ordo successibus”, exigido a tales fines, toda vez que la utilización del gerundio pasando-derivado del verbo “pasar”, que significa, según el Diccionario Oficial de la Lengua, “transmitir, transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro”, denota que se transmite (refiriéndose al fideicomiso)”.

Por otro lado, tenemos que tener presente si los bienes que son fideicomitados en la transmisión existen bienes inmuebles o derechos que son susceptibles de inscripción en el R.P., pues el fideicomisario podrá solicitar que la inscripción de la herencia o legado se haga constar en la cláusula de sustitución mediante la aplicación del art. 82 R.H., como elemento de garantía frente a terceros.

Por otra parte, entendemos que el art. 783.2º C.c., le permite al fiduciario hacer ciertas deducciones de los bienes fideicomitados. Al

⁸⁶⁶ SOLÉ RESINA, J., “La sustitución fideicomisaria”. Op. Cit., p. 141.

⁸⁶⁷ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 476-477.

respecto, en las deducciones de los bienes fideicomitidos, el autor RIVERA ÁLVAREZ⁸⁶⁸ entiende que: “los fiduciarios, podrán ejercitar todas las facultades que se le atribuyen a partir de la aceptación y deben de cumplir con los gastos legítimos, créditos y mejoras (art. 783.2º C.c.)”.

Por tanto, se entenderán por “gastos legítimos” o “deducciones legítimas”. Por lo que, entendemos que los pagos o reparaciones extraordinarias con la aplicación del art. 501 C.c., que serán por cuenta del fideicomisario, puesto que los pagos o reparaciones ordinarias, como los gastos que tengan que realizarse en una finca para producir sus frutos⁸⁶⁹, atendiendo al art. 500 C.c., serán por cuenta del fiduciario⁸⁷⁰, también se incluirán los créditos, que los hubiera pagado⁸⁷¹, por razón de necesidad de los bienes, por lo tanto éste también responderá⁸⁷².

⁸⁶⁸RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”. Op. Cit., p. 4201.

⁸⁶⁹ Al respecto, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 368, entiende que: “los frutos, productos etc., son de su propiedad exclusiva (el fiduciario) en cuanto que es heredero y propietario (art. 354 C.c.) y expresan el ejemplo el tesoro que se encuentre en la finca no es un fruto, por lo que no le pertenece”.

⁸⁷⁰SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 477, manifiesta en este sentido: “Los gastos por reparaciones ordinarias se compensan con los frutos y no dan derecho a deducción”.

⁸⁷¹ Al respecto, la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 13, aporta: “Cuando se habla de deducciones de crédito éstos son los que el fiduciario tuviera a su favor contra el fideicomitente y si no se pagaran mientras tiene la condición de heredero habrá de hacerse cuando deje de tenerla”, en este caso último pasarán los créditos si hubieran otros cofiduciarios, o, a sus legitimarios (herederos) que puede ser o no fideicomisarios.

⁸⁷² Como entiende, SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 477.: “En cuanto a los créditos serán los pagados por razón de los bienes y de los que éstos deba responder”.

Al respecto, de esto el autor SERRANO GARCÍA⁸⁷³: “diferencia mediante los arts. 453 y 454 C.c., entre las impensas necesarias y las de puro lujo con la aplicación de estos preceptos”. Al respecto, como se pronuncia el autor estamos de acuerdo, pues lo que procura la ley es la conservación del fideicomiso, mediante la aplicación del art. 453 C.c., con respecto a todos los abonos que correspondan al fiduciario, por lo que tenemos que señalar que él, y sus herederos tienen el derecho de retención mientras no se hagan efectivos como cualquier poseedor de buena fe⁸⁷⁴.

Por otra parte, entendemos respecto a las mejoras, mediante la aplicación analógica del art. 487 C.c., solamente podrán detraerse el importe de aquellos que pudieran retirarse sin detrimento de los bienes fideicomitidos, estos serán indemnizables, y en el caso de que hubiera acuerdo con los fideicomitentes para que no fueran retirados, en este caso sí el incapacitado judicial es total deberá intervenir el tutor, con los fideicomisarios. Por lo que, ante el pago de los gastos necesitará autorización judicial el tutor, con la consiguiente necesidad del gasto, al respecto entendemos que se puede actuar en detrimento del incapacitado judicial, por lo que esta autorización podría evitarse si el tutor o representante legal, o, el mismo incapacitado judicial es curatelado tienen el consentimiento de los fideicomisarios.

Nuestra pregunta al respecto es, ¿se tiene que esperar para realizar estas deducciones al momento de la entrega de los bienes a los

⁸⁷³ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 477.

⁸⁷⁴En este sentido, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 368, entienden que: “el fiduciario está facultado para mejorar, aunque acaso deba hacerse una delimitación en su indemnización sí las mejoras son ornato o recreo. Parece justo que deba ser tratado como poseedor de buena fe (art. 454 C.c.)”.

fideicomisarios? Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁸⁷⁵ entiende: “si el incapacitado fiduciario no tuviese descendientes ni cónyuge legitimarios y no hubiese otorgado testamento nombrando otros herederos (que serían los que pudiesen practicar las deducciones) resultaría que los fideicomisarios (sus hermanos e hijos de hermanos fallecidos) serían sus herederos abintestato con lo cual confluirían en estos la cualidad de sujetos activos y pasivos en las deducciones a practicar, extinguiéndose el crédito por confusión y habiéndose privado a ese fiduciario incapacitado de disponer en vida, de unas cantidades (las que le correspondiesen por las deducciones que tenía derecho a practicar) que quizá hubiese necesitado para satisfacer sus particulares necesidades”. Por lo que, entendemos que es un elemento diferenciador, si el incapacitado judicial hubiera realizado testamento, en este caso debemos pensar que el incapacitado es total y no puede realizar testamento, a no ser que lo hubiera realizado antes de adquirir la incapacidad total art. 662 C.c., o, hubiese testado en un momento de lucidez⁸⁷⁶, o, fuera curatelado y no estuviera incapacitado para realizar testamento mediante sentencia, en su momento.

Por otro lado, hubiera sido mejor para el fiduciario incapaz, que en el momento de la deducción, sólo fuera el crédito líquido y en consecuencia exigible para él, pudiéndolo realizarlo él mismo (su tutor), sin perjuicio

⁸⁷⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 201.

⁸⁷⁶ Al respecto, el autor CARRAMOLINO GÓMEZ, C., (Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “Los particulares regímenes sucesorios la sucesión testamentaria (I)”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho, p. 335, entiende: “si el otorgante padece una incapacidad natural no declarada por sentencia, serán quienes autoricen el testamento los que valoren la capacidad del testador, sin más medios que la propia apreciación; si media sentencia de incapacitación que contenga pronunciamiento sobre la aptitud para otorgar testamento se estará a lo que resulte de ella, pero si falta ese pronunciamiento se contemplará el art. 665 C.c.”.

que en el momento de la rendición de cuentas tenga que practicarse la entrega de los bienes o derechos. A lo que respecta, a la Jurisprudencia es reticente a este criterio en atención al art. 783.2º C.c., en este sentido cabe mencionar la S.T.S. 25 de abril 1981 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ1981\2166, en su Considerando Tercero, señala: “para pago de deudas de la herencia consistentes en bajas de ella por gastos de entierro y funeral referente a la causante y deuda por causa de crédito o préstamo que aquella había sido concedido, las cargas extraordinarias de la herencia que recaigan sobre el capital constituyen solamente un gasto legítimo reclamable a la restitución”. Por lo que, se entiende en el art. 522 C.c., respecto al usufructo, el usufructuario no tiene derecho a la deducción al restituir sino que en ese momento se le paguen los gastos y créditos que le fueren reintegrables (arts. 498, 502.2º, 510.1º, 511 C.c.). Por tanto, atendiendo al art. 522 C.c., la diferencia del usufructuario con respecto al fiduciario, es la realización del pago, pues es él mismo (en su caso el tutor o representante legal) deducirá las cantidades que son necesarias de los bienes fideicomitidos.

Por lo que, entendemos que tendría que haber flexibilizado el legislador, las deducciones a un plazo concreto, puesto que el propio fiduciario incapacitado (si es total la realizará su propio tutor) realizando la entrega y practicando la deducción en los bienes del fideicomiso, lo cierto es que concluye el fideicomiso con su fallecimiento, y no podrá realizar la entrega, ni la práctica.

c) La rendición de cuentas en el fideicomiso

Cuando se produce la extinción del fideicomiso se deben rendir cuentas⁸⁷⁷, atendiendo al inventario inicial y el último realizado⁸⁷⁸, por las operaciones que se hayan realizado y que fueron necesarias en el fideicomiso en los bienes, créditos y mejoras.

Por otra parte, entendemos que no la podrá realizar el fiduciario la rendición de cuentas por la sencilla razón que habrá fallecido.

Por lo que, en este momento se producirán dos rendiciones de cuentas:

La primera rendición la realizarán los administradores y gestores: el tutor o curador a los legitimarios o herederos del fiduciario incapacitado⁸⁷⁹, mediante la aplicación del art. 279 C.c. La segunda rendición se realizará a los fideicomisarios (que serán los hermanos, legitimarios o herederos del fiduciario), lo que implicará que la rendición de cuentas las realizará el tutor, o, curador a los fideicomisarios.

⁸⁷⁷ A respecto, la autora DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 76, entiende: “Igualmente deberá rendir cuentas de su actuación, puesto que aunque el C.c., no haya ninguna norma específica que lo disponga, lo cierto es que al no ser propietario definitivo y con facultades limitadas, la rendición de cuentas es precisa”, la autora se refiere al administrador y gestor que pueden ser el tutor o curador.

⁸⁷⁸ Pudiéndose, atribuir al fiduciario, pues puede tener la incapacidad total, lo que intervendría su tutor.

⁸⁷⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 479, en este sentido señala: “sólo para el caso de que el incapacitado tuviera herederos, a éstos”.

A todo esto es un elemento que garantiza la rendición de las cuentas, puesto que el tutor tiene que presentar la rendición de cuentas en el juzgado de primera instancia que vigile sus funciones tutoriales, con la remisión de estas al Ministerio Fiscal y con el testimonio de los herederos del fiduciario art. 280 C.c., in fine. Esta comparecencia ante el Juez, es importante, puesto que si se conforman los herederos, éstos no podrán actuar, mediante procedimiento contra el tutor o curador.

Por otra parte, el fideicomisario tiene el derecho a exigirle al fiduciario (en este caso serán el tutor o curador, aparte que el fiduciario ya habrá fallecido) la responsabilidad, lo mismo que el deterioro o pérdida culpable del fideicomiso, por haberlo administrado mal⁸⁸⁰, lo que implica que el fiduciario incapacitado judicial (en su caso el tutor o curador), debía de haber actuado como un buen padre de familia mediante la aplicación del art. 1094 C.c.

5.4. El artículo 808 del Código civil las consecuencias de su reforma y su aplicación

Como habíamos mencionado anteriormente para su aplicación del art. 808.3º C.c., el beneficiario debe estar incapacitado judicialmente, no

⁸⁸⁰ Por lo que, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 202, entiende que: “el fiduciario tendrá que responder, en el momento de la restitución, de los perjuicios causados a los bienes fideicomitidos por su mala administración, por el mal uso inadecuado o por haber incumplido su obligación de poner en conocimiento de los fideicomisarios los actos de un tercero que pueda lesionar el patrimonio fideicomitado (aplicación analógica del art. 511). Todo ello se pondrá de manifiesto en la rendición de cuentas que habrá de efectuar el fiduciario (más bien sus herederos) al efectuarse la transmisión a los fideicomisarios”.

discapacitado solamente, aunque puede ocurrir que sea incapacitado judicial y discapacitado a la vez, aplicándose la L.P.P.D. Por lo que, la autora PEREÑA VICENTE⁸⁸¹ entiende que: “la nueva redacción deja claro que serán fiduciarios los hijos y descendientes judicialmente incapacitados”.

Por otro lado, entendemos que el art. 808 C.c., sólo menciona “hijos o descendientes”, dejando desprotegidos a otros legitimarios, como también lo aporta la autora POUS DE LA FLOR⁸⁸²: “la propia Ley impide que pueda extenderse este beneficio a otros sujetos que no sean hijos o descendientes. No obstante, la doctrina ha criticado esta limitación del legislador porque la legítima del cónyuge del testador o su ascendiente es mucho más corta, y por razón de edad ese fideicomiso sería más natural”, puesto que la autora se refiere a las personas que tienen la condición de incapacitadas judiciales. Respecto a nuestra opinión estamos de acuerdo que el legislador tendría que haber ampliado, más la protección tanto al cónyuge, como al ascendiente puesto que realmente que también son legitimarios del testador.

⁸⁸¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 123.

⁸⁸² POUS DE LA FLOR, M^a. P., “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”. Op. Cit., p. 694.

5.4.1. El momento que se puede declarar la incapacidad judicial puesto que no es una disposición testamentaria

Como muy bien aclara, la autora POUS DE LA FLOR⁸⁸³ : “es cierto que sí nos atenemos a una interpretación literal el artículo 808 y 758 C.c., parece indicar que debe existir sentencia firme de incapacitación. Sin embargo, podríamos considerar que una interpretación tan rigurosa y restrictiva, podría transgredir el espíritu de la reforma, que no es otro que se pretende beneficiar al discapacitado declarado judicialmente incapaz, y entiende, que bastaría con ser dictada la resolución judicial en el momento de la apertura de la sucesión, aunque fuese posterior la declaración judicial de incapacitación”.

Por otra parte, a diferencia de la anterior postura la autora PEREÑA VICENTE⁸⁸⁴ sobre el momento de la incapacidad judicial sostiene: “lo importante será que exista la incapacitación judicial en el momento del fallecimiento del causante⁸⁸⁵ pues es entonces cuando el testamento despliega su eficacia”.

⁸⁸³ POUS DE LA FLOR, M^a. P., “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”. Op. Cit., p. 693.

⁸⁸⁴ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 131.

⁸⁸⁵ De la misma forma, lo avala el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 189. : “entiendo que lo único exigible es al tiempo del fallecimiento del testador (no, por tanto, al tiempo del otorgamiento del testamento) el discapacitado haya sido incapacitado judicialmente”.

Por lo que, los autores DÍEZ- PICAZO y GULLON⁸⁸⁶ nos aclaran esta situación al preguntarse: “¿Es indispensable la declaración judicial del incapaz antes del testamento del sustituyente, o sea, antes de nombrar sustituto, o basta que se haga después, en cualquier momento anterior al fallecimiento del incapaz? El problema debatido en la doctrina ha sido resuelto en el sentido segundo por las sentencias de 10 de junio de 1942 y 12 de junio de 1956⁸⁸⁷, considerando que la declaración de incapacidad del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que proceda al momento de la efectividad de la sustitución⁸⁸⁸”. Puesto que entendemos que es la postura más acertada, la que entienden los autores pues actúa como un elemento protector para la persona incapaz.

Por otro lado, entendemos que si existe una pérdida de autogobierno de la persona incapaz no declarada judicialmente, mermaría su derecho al

⁸⁸⁶ DIEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 377.

⁸⁸⁷ S.T.S. 12 de junio 1956 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Obdulio Siboni Cuenca) RJ 1956\2482, en su Considerando Tercero, señala: “lo que expresa, es que, la declaración de incapacidad del sustituido no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento siempre que proceda al momento de la efectividad de la sustitución, como enseña la doctrina en esta Sala en su Sentencia de 10 junio 1941(RJ 1941\745), cuya doctrina hay que reiterar, porque como la misma expresa, ninguna razón jurídica o conveniencia social indica la procedencia o necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad, y así en el presente caso, si no se declaró en ningún momento tal incapacidad del enajenado mental sustituido la sustitución podrá ser ineficaz por no haber producido efecto, pero en modo alguna nula como se postula, porque al instituir la no se vulneró ningún precepto, cuya infracción lleve aparejada su nulidad”.

⁸⁸⁸ A tal efecto, entiende la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 9. : “Es más creo que sería posible que si habiéndose dispuesto fideicomiso, antes de la sentencia de incapacitación, y la muerte del fideicomitente se produjera comenzando el procedimiento de incapacitación, podría entenderse que la sustitución fideicomisaria será válida si el procedimiento finaliza con una sentencia de incapacitación”.

proceder a la sustitución, al respecto el autor LERDO DE TEJADA⁸⁸⁹ sostiene: “en esta materia lo relevante debe ser que la pérdida de la capacidad de autogobierno opere ya en el momento de abrirse la sucesión, con independencia de que exista o no sentencia de incapacitación o se haya iniciado o no con anterioridad este procedimiento. Por tanto, bastaría para entender que el fideicomiso es válido que el procedimiento de incapacitación, aun iniciado el procedimiento de incapacitación, aun después de la apertura de la sucesión, acredite que en ese momento ya operaba la causa de incapacidad”. De esta forma, entendemos que se beneficiaría en el momento de la apertura testamentaria a la persona incapacitada judicial, aunque se haya declarado antes o no exista, después el proceso de declaración de incapacidad judicial, y por tanto el procediendo a ser efectiva la sustitución fideicomisaria como elemento de protección de la persona incapaz siempre que después este declarada mediante sentencia.

En otro orden de cosas, tras la extracción del análisis literal del art. 808. 3º párr. C.c., entendemos que la figura del disponente, pueden ser los padres, o, uno de los padres y los ascendientes, por lo que estas figuras anteriormente mencionadas testadores, mediante el testamento solamente pueden establecer la sustitución fideicomisaria. Lo que implica que tiene una gran facultad el testador, en la sustitución fideicomisaria. Al respecto, debemos mencionar que es una consecuencia lógica con carácter general en las disposiciones “mortis causa” por medio de los arts. 667-668 C.c., y,

⁸⁸⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Op. Cit., p. 137.

como elemento particular, en las sustituciones fideicomisarias en el art. 781 C.c.

5.4.2. El nombramiento de un sólo fiduciario incapaz o todos los fiduciarios incapacitados

Al respecto, se puede nombrar fiduciario sólo a uno de los hijos o descendientes incapacitados cuando existan varios. En este caso nos preguntamos, ¿se podrá imponer mediante la voluntad del testador la sustitución sobre toda la legítima, incluida la legítima estricta de uno de los hijos o descendientes incapacitados en beneficio de otro que también está incapacitado? La autora PEREÑA VICENTE⁸⁹⁰ en este sentido sostiene: “con los argumentos que se exponen, la respuesta debería ser afirmativa, pero parece que ello chocaría con la intención del legislador de proteger al incapacitado, y añade, si para beneficiar a uno de los hijos o descendientes incapacitados grava la legítima de otro que también lo está, lo que hace es convertir a un incapacitado en fideicomisario, y esto choca, no sólo con la finalidad con la Ley, sino también con su literalidad, según la cual, los incapacitados son fiduciarios”, lo que implica como manifiesta la autora que el art. 808.3º párr. C.c., tienen que ser fiduciarios las personas incapacitadas, y al respecto manifiesta la autora, “ahora bien, si para beneficiar a uno de los hijos o descendientes incapacitados grava (el causante) la legítima de otro que también lo está”, aunque en el fondo intenta esgrimir, la autora, “es el instrumento que utiliza el legislador en este caso no es la imposición, sino la facultad que concede al testador, para

⁸⁹⁰ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Op. Cit., p. 124.

valorar sí la situación de éstos necesita de una especial protección patrimonial”, en cuyo caso le ofrece la posibilidad de utilizar esta sustitución a su favor, por otra parte sostiene: “por lo que no se podrá gravar la parte de la legítima estricta de un hermano que sea incapaz a favor del otro hermano que también tenga incapacidad judicial”, lo que implica para nosotros que la sustitución recaerá o puede recaer sobre el resto de la legítima, quedando a parte de la legítima que le corresponda a la persona incapaz⁸⁹¹.

Planteándose este problema, la autora DÍAZ ALABART⁸⁹² entiende: “si un mismo testador tuviera más de un hijo o descendiente incapacitado podría nombrarlos a todos fiduciarios simultáneamente, cofiduciarios (por partes iguales o desiguales),⁸⁹³ con derecho a acrecer siempre con la

⁸⁹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Op. Cit., p. 139, manifiesta en este sentido: “Tenemos que convenir en que esto es lo que parece deducirse de la literalidad de la norma (como manifiesta el art. 808.3º fiduciarios a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente). La solución quizá no concuerda bien con el designio del legislador de dotar de mayor margen de maniobra al causante, pues podría suceder que la situación patrimonial o personal de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que por ello conllevara la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados sólo vienen contemplados en la norma como fiduciarios, habrá que entender que o bien el testador los nombra como tales a todos ellos, o bien atribuye su legítima estricta a los que no quiera que sean fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta”.

⁸⁹² DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., pps. 70-71.

⁸⁹³ En este sentido, cabe señalar la S.T.S. 18 de marzo, núm. 160/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trias) RJ 2011\3323, en su Fundamento de Derecho Segundo 5º, señala: “El testador desea establecer una sustitución fideicomisaria, en la que al contrario de lo que ocurre con el acrecimiento, es indiferente que la institución se efectúe en cuotas iguales o desiguales”.

voluntad del testador⁸⁹⁴, y añade, se puede establecer el fideicomiso para uno solo de ellos, tampoco veo problema especial en que estableciendo una sustitución fideicomisaria, pueda nombrarlos sucesivamente, uno para que lo sea después del otro⁸⁹⁵, y solamente cuando acabe el tiempo correspondiente al segundo, pasarían los bienes al fideicomisario, y expresa el ejemplo hasta que se llegue la mayoría de edad el primero de ellos pasando al segundo, o mientras viva el primero, pasando a su muerte al segundo”. Al respecto, la autora se basa en el art. 781 C.c.,⁸⁹⁶ que permite como tope dos llamamientos, salvo que los instituidos en la sustitución fideicomisaria vivan al tiempo del fallecimiento del testador, por lo que en este caso no habrá limitaciones en el número llamamientos.

⁸⁹⁴ Como también lo aportan los autores DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 364, manifiestan: “El testador puede hacer prevalecer la sustitución sobre el derecho de acrecer o viceversa”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 469, al sostener: “incluso con derecho de acrecer entre sí (cofiduciarios)”. Por lo que, esto implicaría que puede afectar a los legitimarios no incapacitados, pero ante todo está la voluntad del testador.

⁸⁹⁵ En este sentido, se apoya la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 11, al señalar: “parece preferible esta segunda opción que es la más ajustada a las finalidades que persigue el mentado precepto, puesto que el designio del legislador, al permitir esta sustitución fideicomisaria, es que los fideicomisarios coherederos forzosos no incapacitados, sólo puedan ejercitar sus derechos sobre su participación en el tercio de legítima estricta desde el momento en que, por el fallecimiento de los descendientes incapacitados, ya no tiene sentido mantener el gravamen que supone la sustitución fideicomisaria”.

⁸⁹⁶ Al respecto, los autores entienden DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 366, señalan: “el artículo 781, en esa interpretación, lo que permite dos sustitutos”. SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 450.: “Se puede producir el caso que los incapacitados sean varios hijos y o/ descendientes, puede reiterarse a favor de personas vivas “al tiempo del fallecimiento del testador” o establecer, además de instituido, dos sustituciones (tendrían que ser incapacitados)”.

Por otra parte, si se opta por nombrar fiduciarios a todos los incapacitados judiciales de forma simultánea, se tendría que nombrar a un administrador único, para hacer el reparto de los bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria.

Por otro lado, si optamos por nombrar a todos los fiduciarios incapacitados judiciales de forma sucesiva, la legítima de los fideicomisarios se vería dilatada a efectos del tiempo provocando un perjuicio para éstos, aunque es posible esta opción como menciona el autor LERDO DE TEJADA⁸⁹⁷ : “en relación con las situaciones de pluralidad de legitimarios incapacitados se ha propuesto que el causante podría optar por nombrarlos no cofiduciarios, sino fiduciarios sucesivos”. Respecto a lo expuesto por el autor, nos preguntamos, ¿cómo se puede entender materializado este fideicomiso sucesivo? Entendemos que hay dos posibles formas: una primera forma estaría representada por el fideicomiso sucesivo. Nos parece que esta posibilidad debe ser excluida, por lo que según el precepto⁸⁹⁸ que autoriza esta forma excepcional de gravamen de la legítima estricta, el primer llamamiento debe realizarse a favor de varios incapacitados judiciales, y ello se debe entenderse (teniendo presente de que es una disposición que se mueve dentro de la legítima estricta) en el sentido que los incapacitados judiciales sólo pueden ser cofiduciarios, pues por lo contrario implicaría un gravamen a la propia legítima del incapacitado judicial que sucediera en segundo lugar. Por tanto, la segunda forma, para proteger a la persona con incapacidad judicial, pensamos que en el llamamiento de las personas incapacitadas judiciales tienen que ser

⁸⁹⁷ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Op. Cit., p. 140.

⁸⁹⁸ Art.808. 3º párr. C.c.

todos cofiduciarios, por la sencilla razón que implica un gravamen en la legítima de la persona que sucediera a la otra persona incapaz, por lo que crearía una inseguridad jurídica. Al mismo tiempo existe una imprecisión legislativa que podría perjudicar a los demás legitimarios del causante y a los demás hijos del causante que no estando incapacitados judiciales pueden estarlo en un futuro por tanto estarían desprotegidos.

5.4.3. El nombramiento de un menor de edad como fiduciario

Mediante la extracción literal del art. 808 C.c., manifiesta una pluralidad de beneficiarios, atendiendo a su párr. 3º, del mismo cuerpo legal, por lo que debemos entender que se refiere a las personas incapacitadas judiciales en este sentido parece que la intención del legislador es la de proteger a las personas con incapacidad judicial. Lo que implica que el testador podrá designar como fiduciarios a todos los hijos o descendientes incapacitados judiciales, pero no tiene la obligación en convertirlos fiduciarios a todos ellos, por lo que el testador puede considerar que debe atender a la protección del más necesitado.

De esta forma, el testador puede diferenciar, según la necesidad de la persona incapaz, ya que es una “conditio iuris”⁸⁹⁹, en el momento que

⁸⁹⁹ Al respecto, la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 7, entiende: “Con el fideicomiso constituido cumpliendo esa condición, si el fiduciario recuperara la capacidad, la condición, que si no se cumple no permite crearlo, si una vez creado deja de cumplirse tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso. Por tanto, al desaparecer el fideicomiso, los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial, vuelven a ser, ya sin gravamen, el tercio de la legítima estricta de la herencia del testador”.

recupere la capacidad, la sustitución fiduciaria tendría efectos resolutorios. Por otro lado, también puede diferenciar el testador por el patrimonio que tenga cada incapacitado judicial, o, por razones de la edad.

Por tanto, la necesidad de la condición de incapacitado judicial, es imprescindible, pues en este caso es posible la incapacitación de un menor de edad atendiendo al art. 201 C.c., aunque no es lo habitual, porque la familia tiende a resistirse a su incapacitación judicial. Por lo que, se reafirma la postura en nombrar al menor incapacitado judicial el autor SERRANO GARCÍA⁹⁰⁰ al aportar: “pues el ascendiente puede testar a favor del incapacitado menor de catorce años, gravando la legítima con una sustitución fideicomisaria y señalando si fallece antes de los catorce años, sus bienes se distribuirán de la forma que determine el ascendiente testador”.

Por otra parte, el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁰¹ critica el art. 776 C.c., al señalar: “ por un lado el vacío legal que existe entre los catorce años y menos de dieciocho años, y por otro lado la limitación de la sustitución a los mayores de catorce años deja fuera de esa modalidad casos que deberían atenderse con ella, como el de los niños subnormales profundos, que no tienen recuperación posible, y cuya situación no debería quedar supeditada, a que el ascendiente viva o no llegue a cumplir la edad límite”. Por lo que, entendemos que es una discriminación ante un menor que sus padres o representantes legales no le hubiesen incapacitado y más cuando están afectos a una discapacidad sin recuperación, en este caso mental.

⁹⁰⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 467.

⁹⁰¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 287.

Por lo que, para distinguir los tipos de incapacidades cabe mencionar la S.A.P. Barcelona de 21 marzo 2001 (Sección 11ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López) JUR 2001\208446, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “las incapacidades absolutas que se producen en los casos de los menores de 14 años y de las personas que habitualmente o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. Expresión esta última que comprende no sólo los casos de perturbación mental total (demencia o imbecilidad) o parcial (monomeria), sino también aquellos estados que, aun transitorios priven del pleno juicio”.

Por tanto, entendemos que el menor tiene que estar incapacitado judicialmente, pues quedaría fuera de la protección que señala la Ley⁹⁰² en este caso los menores discapacitados, creando así una desprotección que el legislador tendría que modificar legislativamente, pues las familias son muy reacias a la declaración de incapacidad judicial.

5.4.4. El padre con varios hijos y uno de sus hijos es incapacitado judicial puede crear un fideicomiso legitimario ordenando testamentariamente una sustitución ejemplar o cuasi ejemplar

Ante la importancia de la figura del testador que le ofrece el art.808.3º C.c., y que le ha otorgado en consecuencia el legislador, será según la posición que sea adoptada por la sustitución ejemplar. Al respecto, se pronunció la Jurisprudencia mediante la S.T.S. 26 de mayo, núm. 452/1997 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 1997\4234, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “La tesis

⁹⁰² Art. 808. 3º párr. C.c., con las limitaciones del art. 776 C.c.

aducida es válida y la doctrina jurisprudencial la ha recogido reiteradamente, en efecto esta Sala tiene declarado desde la Sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel”. Por tanto, para nosotros implica que existe un testamento del causante otorgado al hijo incapacitado judicial, realizándose una sustitución ejemplar. Al respecto, el autor RUBIO TORRANO⁹⁰³ manifiesta en este sentido: “tanto la sustitución pupilar como la ejemplar comprenden el patrimonio entero del sustituido-hijo menor o incapaz- y no solo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse mediante sustitución fideicomisaria”.

Por otro lado, debemos tener presente la S.T.S. 20 de marzo 1967 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros) RJ 1967\1665, que señala en su Considerando Primero, Octavo y Noveno: “ el testamento del causante del incapaz viene a sustituir el testamento del incapaz y lleva consigo un tránsito de todo el patrimonio de éste al sustituto, en realidad, lo único que posibilita es la designación del sustituto del incapaz, sin determinar las clases de bienes que se han de transmitir al aludido sustituto que no pueden ser más que los que fueron del instituyente, insistiendo en que la testadora ordenó una sustitución ejemplar referida a todos los bienes que el incapaz tuviera en el momento de su fallecimiento, alcance éste que no cabe conceder a esa sustitución”, y siguiendo adicionalmente cabe mencionar la D.G.R.N. (Propiedad) Resolución 6 de febrero 2003 RJ 2003\2269, en su Fundamento de Derecho Tercero, al señalar: “y la última de las cuales (refiriéndose a la

⁹⁰³RUBIO TORRANO, E., (Comentario) (2011). *Objeto de la sustitución ejemplar y carácter personalísimo del testamento*. Aranzadi Civil- Mercantil núm. 5. Pamplona: Aranzadi, p.2.

S.T.S. 20 de marzo de 1967(RJ 1967 1665) expresamente indica que no entra en el alcance de la sustitución ejemplar, que declaró palmariamente que estas sustituciones sólo abarcan los bienes dejados por el sustituyente al sustituido”, en este caso el causante dispone en su testamento, que estos bienes marcan una trayectoria a favor del hijo incapacitado judicial-beneficiario. Por lo que, entendemos que no se puede aplicar el fideicomiso, puesto que este recae en la legítima estricta, correspondiendo a los hijos y no a los nietos.

Una vez vistas, las S.T.S., y la resolución de la D.G.R.N, aceptamos la primera S.T.S.,⁹⁰⁴ por el motivo que beneficia en la sustitución ejemplar a la persona incapacitada judicial, con la clara voluntad del testador, y, por otro lado lo que intenta conseguir el legislador mediante la norma⁹⁰⁵.

5.4.5. Las características del fiduciario en el fideicomiso en el artículo 808 del Código civil

El art. 808 C.c., menciona hijos o descendientes, en este caso pueden ser el hijo o nieto incapacitados judiciales.

Por lo que, puede ocurrir que el fiduciario (nombrado por el causante) pueda ser un hijo y el fideicomisario un nieto ambos incapaces, con el padre en vida, y, que el legitimario sea el hijo y no el nieto, con

⁹⁰⁴ S.T.S. 26 de mayo, núm. 452/1997 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 1997\4234, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “La tesis aducida es válida y la doctrina jurisprudencial la ha recogido reiteradamente, en efecto esta Sala tiene declarado desde la Sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel”.

⁹⁰⁵ Art.808. 3º C.c.

llamamiento en segundo lugar, después del padre, por lo que no se grava su parte de legítima puesto que no tiene derecho a la misma, por otro lado no se podría aplicar si el padre hubiera fallecido, puesto que el nieto sería el heredero forzoso. Al respecto, aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁰⁶: “la consideración de que el testador, con la imposición del fideicomiso legitimario, está privando al fideicomisario del disfrute (no de lo que pudiéramos considerar nuda propiedad) de su legítima estricta en tanto viva el fiduciario y ello, precisamente, por causa del beneficiario de éste mientras viva, pero el fideicomisario-como fideicomisario cierto y determinado que es en este caso- adquiere derecho a ella desde la muerte del testador, aunque ese fideicomisario muera antes que el fiduciario (art. 784 C.c.) por lo que este derecho, quedara integrado en su herencia a su fallecimiento, y serán herederos tanto los testamentarios como los abintestato”.

Por otra parte, la posición del legislador sólo contempla una posibilidad, que en el fideicomiso legitimario que el gravamen se extienda a la totalidad del tercio de la legítima estricta, de esta forma, como entiende, el autor BUSTOS LAGO⁹⁰⁷ : “El art. 808.III fruto de la Ley 41/2003 permite al testador gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta en virtud de que se instituya fiduciario a un hijo o descendiente incapacitado judicial⁹⁰⁸”.

⁹⁰⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 190.

⁹⁰⁷ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil” Op. Cit., p. 139.

⁹⁰⁸ Sería una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque determina que no serán validas las sustituciones que se imponga sobre la legítima a fideicomisarios y a los demás coherederos forzosos.

Al respecto, nosotros opinamos lo que aportaría el testador al hijo o descendiente incapacitado judicial, tendría que expresarlo con claridad lo que grava en el fideicomiso legitimario, pues es la totalidad del tercio de la legítima estricta con inclusión de la parte que le pueda corresponder al fiduciario, sino expresa con claridad el testador su voluntad y se limita a gravar en el fideicomiso, se entenderá que grava el tercio de la legítima entera y su consecuencia será que el fiduciario tendrá todo el tercio de legítima estricta, produciéndose un beneficio para el fiduciario, como asimila el legislador.

Por otra parte, entendemos que el testador podrá expresar que deja a su hijo o descendiente incapaz, en pleno dominio su legítima estricta, incluida el resto del tercio de legítima estricta o una parte de la misma, o, incluso puede dejarle una pequeña porción del tercio de legítima estricta⁹⁰⁹, lo implica que se producirá un beneficio para el hijo o descendiente incapacitado judicial⁹¹⁰, causando un perjuicio a los legitimarios no incapacitados, por medio de la voluntad del testador⁹¹¹. Puesto que el

⁹⁰⁹ En este sentido, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 471, entiende: “de forma que si el testador ordena la sustitución, sin más precisiones, el fideicomiso recaerá sobre el tercio íntegro, si bien, con la pertinente disposición testamentaria, puede dejar en pleno dominio la porción legitimaria al incapacitado y gravada sólo la porción íntegra o parcial de sus colegitimarios”.

⁹¹⁰ Como muy bien indica, la autora DÍAZ ALABART, S., (2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”, en AA.VV., *Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. (XVI tomo). (Vol.2), Albolote (Granada): Comares, p. 289.: “La idea del legislador parece ser que el testador pueda dejar al incapacitado prácticamente todos los bienes, incluso en perjuicio de los coherederos legitimarios”.

⁹¹¹ Por lo que, el autor es crítico LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., pps. 189-190, al señalar: “es el defecto técnico de la Ley que sólo pueden ser fideicomisario, los coherederos forzosos en el tercio de la legítima estricta (salvo en caso de desheredación), como elemento contrario supondría que la Ley permite

testador conoce en este momento la realidad económica de sus descendientes al crear la disposición testamentaria del fideicomiso, pero desconoce el futuro que deparará a ambos (fiduciario y legitimarios), con la protección del fiduciario incapaz, desprotege a los legitimarios capacitados pudiendo acaecerles a éstos en un futuro accidentes graves, enfermedades degenerativas que puedan abocarles incluso a una incapacidad judicial, o, al contrario que jueguen a juegos de azar y sean premiados (quinielas, lotería etc.), mejorando su situación económica, en detrimento en este caso del fiduciario incapacitado, que puede tener necesidad de disponer del bien para sus necesidades vitales.

Por otra parte, la autora DÍAZ ALABART⁹¹² entiende que: “el testador que constituya el fideicomiso a favor del incapacitado, no ve por ello disminuidas, ni modificadas sus facultades legales de disposición “mortis causa” de los otros tercios de su herencia. Podría entonces mejorar a otro de los legitimario descendiente no incapacitado y dejarle también el tercio libre”. Puesto, aunque esto no es lo que propugna la norma, por tanto está claro que el art. 808 in fine C.c., no aclara nada sobre las limitaciones del testador. Por lo que, como menciona el autor SERRANO GARCÍA⁹¹³: “pueden privarse a los hijos capaces de su herencia, porque no heredarán su porción de legitimaria estricta, si el testador agota las posibilidades de la figura y tampoco heredarán el tercio de mejora, que también puede dejarse al discapacitado y, desde luego el tercio de libre disposición”.

que el testador, por este medio pueda privar de su parte en ese tercio a los hermanos y sobrinos del incapacitado fiduciario que tuvieran derecho al mismo”.

⁹¹² DÍAZ ALABART, S., (2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”. Op. Cit., p.290.

⁹¹³ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 450.

Por tanto, para nosotros lo que intenta el legislador es proteger al hijo o descendiente incapacitados judiciales, pues puede ser el nieto con incapacidad judicial, eso sí atendiendo a la voluntad del testador, ya que las consecuencias del fideicomiso son disposiciones testamentarias, que benefician a los incapacitados judiciales, en detrimento de los legitimarios no incapacitados, que a su vez puede mermar su patrimonio.

5.4.6. La figura jurídica del fideicomisario

Según se desprende de la interpretación literal del art. 808. 3º párr. C.c., serán los fideicomisarios los coherederos forzosos⁹¹⁴. Por lo que, los hijos u otros descendientes, no pueden ser coherederos junto con sus padres, pero sí existen varios hijos y uno de ellos ha fallecido, en este caso serán coherederos los hijos vivos y el nieto del hijo fallecido.

De esta forma, la autora FUENTESECA⁹¹⁵ entiende la expresión de coherederos forzosos: “se refiere parece a los restantes hijos del testador, y añade, parece que la duda se plantea respecto del cónyuge viudo que, por su parte, recibe la calificación de heredero forzoso en el artículo 807.3º C.c., a esto sostiene que el art. 808 C.c., señala que se refiere a los hijos y descendientes, dejando más adelante los derechos del cónyuge viudo⁹¹⁶ en

⁹¹⁴ El concepto coherederos forzosos, serán los hijos (art. 932 C.c.) y los descendientes (art. 933 C.c.).

⁹¹⁵ FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., p.1755.

⁹¹⁶ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 189, aporta: “como fideicomisarios, a “los coherederos forzosos”, se estarían incluyendo no sólo a los que fueran coherederos forzosos en el tercio de la legítima estricta- hermanos, sobrinos (hijos de hermanos fallecidos) del incapacitado fiduciario- sino

el art. 834 y ss., C.c., por lo que la autora sostiene que deben ser tratados separadamente los descendientes y el cónyuge viudo, atendiendo al art. 822 C.c., sobre la diferenciación de los conceptos”, por lo que también tenemos que tener presente la figura jurídica de los tíos como aporta la autora DÍAZ ALABART⁹¹⁷: “pueden ser fideicomisarios los tíos”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia se pronunció en la S.T.S. 28 de julio, núm. 669/2002 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz) RJ 2002\5507, en su Fundamento de Derecho Segundo y Tercero, al diferenciar las dos condiciones para ser fideicomisarios: “sine cum liberis decesserit, si muere con hijos, éstos serán los fideicomisarios; “si sine liberis decesserit”, si muere sin hijos, serán fideicomisarios los sobrinos⁹¹⁸”. Otra cuestión que aprecia la sentencia, es si los hijos adoptivos pueden ser fideicomisarios y señala: “No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo y así lo entendió esta Sala que, en sentencia de 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 682) acepto al hijo adoptivo”. Por tanto, como afirma la Jurisprudencia un hijo adoptivo puede ser fideicomisario. Por lo que, entendemos que el concepto de “fideicomisarios coherederos forzosos” es tan amplio, que caben todos los herederos forzosos que tenga el fiduciario.

también al resto de coherederos forzosos del incapacitado(cónyuge del disponente que fuese madre o padre del incapacitado fiduciario)”.

⁹¹⁷ DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*. Op. Cit., p. 11.

⁹¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 274, manifiesta al respecto: “Con cierta frecuencia el testador o donante vincula los bienes de que dispone en favor de una persona, a otra u otras, para el caso de que la primera no tenga hijos en el momento de su óbito, sea porque nunca los hubo, sea porque premurieron”. En este sentido, será una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, puesto que determina que no serán válidas las sustituciones que se imponga sobre la legítima, con la excepción si en esta sustitución vulgar sólo hay un legitimario sin descendientes.

Por otra parte, en el fideicomiso existen limitaciones como señala el art. 808. 3º párr. C.c., al denominar: “fideicomisarios los coherederos forzosos”, a tal efecto los autores DÍEZ -PICAZO y GULLON⁹¹⁹ entienden que: “equivaldría a circunscribir al ámbito familiar a personas que no viven al fallecer el testador”. Por lo que, se trataría de ver, ¿quién debe sustituir en la sustitución fideicomisaria? Al respecto, el autor LACRUZ BERDEJO⁹²⁰ aporta que: “los llamamientos de sustituto que traspasan los límites señalados por el art. 781 C.c., son nulos⁹²¹, pero su nulidad no acarrea la de los llamamientos permitidos, salvo la contraria voluntad del disponente⁹²²”, en este último caso sería una sucesión testamentaria, no pudiéndose aplicarse la sucesión abintestato, puesto que en esta última no rige la voluntad del testador.

⁹¹⁹ DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 366.

⁹²⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 267.

⁹²¹ Al respecto, cabe mencionar la S.T.S. 4 de noviembre 1975 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Desconocido) RJ 1975\3829, en su Considerando Cuarto, señala: “dadas las condiciones en que está otorgado el mismo, al haberse estatuido fuera ya del “segundo grado” que señala el art. 781, la institución así constituida no es válida, teniendo presente que ya la doctrina de este Tribunal viene sentando con reiteración que el vocablo “grado” que se menciona en aquel precepto ha de entenderse como “llamamiento” o “segunda institución”-S.S. de 23 junio(RJ 1940\530) y 28 febrero 1949 (RJ 1949\259), entre otras”.

⁹²² En este sentido, citar la S.T.S. 4 de noviembre 1975 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. desconocido) RJ 1975\3829, en su Considerando Tercero, señala: “ también, al ordenar el testador “que sea respetado en el cultivo de dicha finca, su actual arrendatario y aparcerero” Sr., continuando a su fallecimiento con tal derecho su esposa, al de esta sus hijos y descendientes, literalidad ésta de las cláusulas mencionadas, que llevan en sí, cuál fue la voluntad e intención del testador, respetada ya con el hecho acreditado, según la sentencia recurrida, en cuanto que ese arrendamiento lo llevó el entonces arrendatario y aparcerero, que al fallecer el causante, lo prolongó hasta su muerte, con tal motivo, sucedió en el mismo la hija, esposo de ésta e hijos de ambos, conjuntamente, por ser ellos los que convivieron con aquel, y cooperaron con éste en el cultivo y explotación de la finca por lo que siendo la voluntad del testador”.

Por tanto, entendemos que el concepto de “fideicomisarios herederos forzosos”, es un concepto muy amplio, teniéndose que amoldarse a la voluntad del testador, o, en su caso al C.c., cuando es una sucesión intestada.

6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS

El art. 10 de la L.P.P.D., reforma el art. 813. 2º párr. C.c., establece como norma general la nulidad de la imposición de gravámenes, en un sentido amplio. Por lo que, cualquier restricción o limitación, tanto de naturaleza de carácter personal, como real, que actúe restringiendo del pleno disfrute o disponibilidad, y que recaigan sobre la cuota legitimaria,⁹²³ por lo que permanece con validez la atribución de la legítima⁹²⁴.

Por otro lado, puede ocurrir que en el caso del legitimario puede tener el gravamen por no puesto, salvo en los supuestos que procede la aplicación del art. 820. 3º C.c.⁹²⁵ Por lo que, el autor LACRUZ

⁹²³ La autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 117, manifiesta en este sentido: “la sustitución fideicomisaria como excepción a la regla general de que no puede imponerse gravámenes sobre la cuota legitimaria”.

⁹²⁴ Al respecto, la autora FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., p. 1750, entiende: “El punto de partida acerca de la imposibilidad de establecer gravámenes sobre la legítima lo constituye el contenido previo a la reforma por la Ley 41/2003 del artículo 813.2º del Código Civil. Coincide la doctrina al señalar que no caben cargas o gravámenes sobre la legítima”.

⁹²⁵ En este sentido, la autora FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., p. 1751,

BERDEJO⁹²⁶ sostiene: “en efecto, no hay razón para presumir que el testador quisiese favorecer más al sustituto que al heredero, liberándolo de las cargas, si bien se admite la prueba en contrario, considerándolo el autor como elementos accidentales contenidos en la institución”.

Por otra parte, la postura del autor BUSTOS LAGO⁹²⁷: “tradicionalmente la doctrina ha interpretado que el art. 813.II prohíbe al causante gravar la legítima en el testamento, pero mediante actos con eficacia jurídica inter vivos, de manera que los gravámenes que haya impuesto por medio de éstos negocios serán validos, porque para la cualificación de la legítima habrán que valorarse los bienes que integran su haber hereditario descontando la cantidad en que su valor total se vea disminuido por mor del gravamen impuesto”. Por lo que, el art. 813. 2º C.c., se prevé la posibilidad de que el testador establezca una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta.

Por otro lado, entendemos que el concepto “legitimarios o sus descendientes”, que figura en el art. 824 C.c., se ocupa de los gravámenes sobre la mejora, en este sentido, son gravámenes subsumibles al mismo precepto⁹²⁸.

Por otra parte, nuestra pregunta será, ¿se podrán gravar el usufructo del cónyuge viudo y el de los hijos o descendientes incapaces? Ante esta cuestión nos remitimos al art. 813.2º C.c., que dispone: “salvo lo dispuesto

entiende: “Por lo que concierne a los gravámenes que vulneren la intangibilidad legitimaria, se tiene por no puestos, salvo que se trate del caso previsto del artículo 820.3º del Código civil”.

⁹²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., pps. 261-262.

⁹²⁷ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 146.

⁹²⁸ Por lo que, el autor BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 146, entiende: “pese a su tenor literal, el art. 824 C.c., permite que el testador imponga gravámenes sobre el tercio de mejora siempre que se establezcan a favor de los legitimarios o sus descendientes”.

en cuanto al usufructo de viudo”, y siguiendo adicionalmente la autora FUENTESECA⁹²⁹ aporta: “los autores relacionan el art. 824 C.c., con los arts. 834, 813 y 782, destacando el papel del cónyuge viudo cuyo usufructo recae sobre el tercio de mejora⁹³⁰”.

Por otra parte, constata el autor BUSTOS LAGO⁹³¹ que: “el inciso segundo del 813.II C.c., se interpreta generalmente contra su tenor literal, como la alusión a las disposiciones normativas sobre el usufructo del cónyuge viudo, lo que constituye una obviedad, y por ello es posible pensar que hace alusión a lo dispuesto por el testador pudiendo ser aludido incluso el usufructo universal, con la existencia de varios legitimarios distintos al cónyuge viudo⁹³², el usufructo universal atribuido a éste se considera generalmente como un gravamen que vulnera el art. 813.II C.c., en cuanto ataca siempre la intangibilidad cualitativa de la misma, aunque puede no ser contraria cualitativamente”. Por lo que, opinamos que ante esta posibilidad se utiliza la cautela socini, amparada por el art. 820.3º C.c., que es una disposición testamentaria cuya virtud, es sí el legitimario no acepta el gravamen que supone el usufructo universal, se ve privado del tercio de libre disposición. Al respecto, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON⁹³³ entienden que: “se puede alegar que el testador no fuerza nada ni infringe la ley, ya que es el legitimario el que ha de optar entre percibir su legítima

⁹²⁹FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”. Op. Cit., p.1752.

⁹³⁰En este sentido, entienden los autores DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 442.: “Puede ocurrir que por disposición legal el usufructo del cónyuge viudo tenga que gravar el tercio de la legítima”.

⁹³¹BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 146.

⁹³² Sería una excepción a la intangibilidad cualitativa.

⁹³³ DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006).*Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 443.

como lo quiere el legislador, o como lo quiere el testador, en este caso compensado con beneficios anejos (p. ej. El tercio de libre disposición) a los que no tiene ningún derecho, y añaden, porque no se trata de una compensación al legitimario por gravar su legítima, sino de sancionarlo con la reducción a la legítima estricta”.

Al respecto, de esta cláusula de opción compensatoria, ha sido admitida por la Jurisprudencia⁹³⁴ mayoritariamente entre otras la S.T.S. 30 de enero, núm. 51/1995 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa) RJ 1995\388, en su Fundamento de Derecho Quinto, señala: “El testador dispone: “Primero.- Lega a su esposa Sra., el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con facultad de tomar por sí posesión del legado, con el que se entenderá pagada su legítima. El heredero que no respete esta voluntad tomará sólo su legítima estricta; y si ninguno lo hiciere, tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además su cuota legal usufructuaria”. El testador- prevé que ningún heredero acepte su voluntad, cual es el caso presente y sean herederos preteridos o no, y para tal supuesto, en el que nos encontramos, decide que

⁹³⁴ En sentido opuesto cabe citar, la S.T.S. 3 de marzo 1980 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Andrés Gallardo Ros) RJ 1980\1016, en su Considerando Primero y Segundo, señala: “estableciendo en la cuarta cláusula testamentaria “que las adjudicaciones que van determinadas para cada heredero lo son, en todo caso, a condición de ellos, al efectuar la partición de los bienes del difunto marido de la testadora Sr., se adjudiquen a cada cual, precisamente, el completo o resto de la partición de cada finca procedente de aquella herencia, y que ya en este testamento se les deja señaladas; ordenado que al heredero que así no lo cumpla, le quede reducida su participación en la herencia de la testadora, a lo que por su legítima corta o estricta le corresponda; La condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como bienes propios de aquéllos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley suponiendo una verdadera coacción para los herederos y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el art. 1414”, en esta sentencia no encontramos la cláusula de opción compensatoria al legitimario para gravar su legítima, sino más bien para sancionarlo con la reducción a la legítima estricta.

“tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria”, y ello no es inoficioso. En el caso presente se rechaza el gravamen y los herederos recibirán por terceras e iguales partes sus correspondientes cuotas en libre disposición en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria y - Al no entenderlo así, la sentencia impugnada ha incurrido en un claro error en la apreciación de la prueba”.

Por lo que, hemos expuesto entendemos que se puede gravar la legítima del cónyuge viudo al tenor literal del art. 813.2º C.c., pero tenemos que aplicar la cláusula de compensación, pues de lo contrario vulneraría el precepto, quedando desprotegido el cónyuge viudo, ante los distintos legitimarios.

Por otro lado, el art. 813.2º C.c., menciona: “hijos o descendientes judicialmente incapacitados”, por lo que nos tenemos que remitir al art. 808 C.c., pudiéndose constituir un fideicomiso por el testador a favor de ellos como habíamos estudiado anteriormente, por lo que podrá gravarse la legítima estricta en beneficio de éstos mediante la aplicación del art. 782 C.c.

Una parte de la doctrina ha criticado la sustitución fideicomisaria, entre ellos los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON⁹³⁵ que aportan: “ que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha roto el esquema y permite en la actual redacción de los artículos 808 y 813 C.c., que, si alguno de los hijos o descendientes ha sido judicialmente incapacitado, pueda el testador establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta en la que sean los fiduciarios los hijos o descendientes

⁹³⁵ DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 375.

judicialmente incapacitados y fideicomisarios los restantes legitimarios, a los que denomina “coherederos forzosos”. Sin embargo, el juicio de la norma no es favorable”.

En nuestra opinión, se debe proteger a los hijos o descendientes incapacitados judiciales, puesto que tiene más necesidad, que los demás legitimarios capaces, en este sentido el legislador concede libertad al testador para beneficiar a éstos, por el contrario puede mermar esta libertad concedida al testador respecto de los legitimarios capaces o incluso estando estos discapacitados y no incapacitados judiciales, contraviniendo al espíritu de la L.P.P.D., pudiendo haberse legislado en un término en que no se pudiera desproteger tanto al legitimario, y en sentido contrario sea actuado en beneficio del cónyuge viudo cuando se protege su usufructo, en el caso que existan varios legitimarios.

6.1. La extinción del fideicomiso

Una vez fallecido el fiduciario se extinguirá el fideicomiso (mediante la aplicación analógica del art. 513.1º C.c.), en este sentido, cabe señalar la S.A.P. Girona de 21 marzo, núm. 136/2007 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro) JUR 2007\244134, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “apreciando que el usufructo y la sustitución fideicomisaria condicional son instituciones jurídicas distintas, por su respectiva naturaleza, su origen y finalidad pero esto no obstante es indudable que en cuanto a modo de disfrute existe una gran semejanza entre una y otra institución, en cuanto ambas están presididas por la otra común de quedar sujetas a condición resolutoria por, fallecimiento del

usufructuario⁹³⁶”. Por lo que, después del fallecimiento del fiduciario pasará la legítima estricta a los fideicomisarios que pueden ser un legitimario, o, varios legitimarios⁹³⁷, aunque tenga que pasar cierto tiempo para el disfrute del bien o los bienes y derechos⁹³⁸.

Por tanto, entendemos que debe existir una declaración de fallecimiento del fiduciario, pues tiene los mismos efectos que la sucesión⁹³⁹ mediante la aplicación del art. 196. 2º párr. C.c., para tener la nuda propiedad que les corresponde y su disfrute a los legitimarios.

Por otra parte, también existirá la extinción del fideicomiso:

a) Si todos los fideicomisarios en el caso que no tengan herederos testamentarios, ni herederos abintestato, adquiriendo el fiduciario de esta forma la plena propiedad de los bienes que tenían que ser fideicomitados, pues éste sería el heredero de los fideicomisarios.

b) La pérdida de la condición de incapacitado judicial, como también lo aporta la autora DÍAZ ALABART⁹⁴⁰: “el fideicomiso así constituido está pues sometido a una condición esencial, la condición de incapacitado del fiduciario, por lo que no es una condición puesta por el testador”, como

⁹³⁶ En el caso del fideicomiso, no es una condición propiamente dicha, sino que es un establecimiento de un plazo que es la de clase “certus an, in certus”, o sea cuando llega el término (la muerte de incapacitado beneficiario), no descartando la forma condicional, en la que el testador tiene la libertad de testar, instituye heredero al hijo o descendiente judicialmente incapacitado, en los dos tercios de mejora y de libre disposición, para gravarlos con una sustitución fideicomisaria condicional en el caso que muera sin descendencia.

⁹³⁷ Pasando a estos en partes iguales o desiguales según la voluntad del causante testador.

⁹³⁸ Mediante la aplicación del art. 784 C.c.

⁹³⁹ Al respecto, el autor LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 270, entiende: “La apertura de la sucesión fideicomisaria tiene lugar a la muerte del fiduciario”.

⁹⁴⁰ DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*, p. 7.

consta en la L.P.P.D.,⁹⁴¹ puesto que si recobra la capacidad el fiduciario que estaba incapacitado judicial, mediante una declaración judicial se extinguirá el fideicomiso, con lo que el tercio de legítima pasará a ser de propiedad del fiduciario y de los fideicomisarios en partes iguales.

c) Por la renuncia del fiduciario una vez haya aceptado la herencia, en este caso no puede renunciar el incapacitado judicial, por lo que sería muy difícil que él mismo renunciase, en este caso sería el tutor quien lo hiciera, puesto que el tutor tendría las responsabilidades de la renuncia, a no ser que tuviera una incapacidad parcial, y la sentencia de incapacitación le permitiera renunciar al incapacitado judicial, incluso con ayuda del curador. Por lo que, en el primer caso contraviene el art. 988 C.c., puesto que tendría que intervenir el tutor, o, curador si en la sentencia de incapacitación no le permitiera renunciar o repudiar el fideicomiso. Por lo que, a causa de esto el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁴² entiende: “la repudiación de la herencia sin duda haría ingresar en ella al fideicomisario”, con la consiguiente extinción del fideicomiso, implicando la adquisición de los antiguos fideicomisarios y el fiduciario de los bienes que están comprendidos en la legítima gravada. Por otro lado, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON⁹⁴³ exponen otras causas de extinción de fideicomiso: “como también si el fideicomisario no puede (p. ej., premoriencia al testador, es indigno, no ha cumplido la condición etc.) el que no quieren heredar refiriéndose al fideicomisario (v.gr., renuncia a la

⁹⁴¹ La L.P.P.D., en su (E.M. VII b) señala: “Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”.

⁹⁴² LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 271.

⁹⁴³ DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 371.

herencia). Pues entienden que el gravamen se purifica y el fiduciario se hace dueño de pleno derecho⁹⁴⁴”.

d) Otra causa de extinción, puede ser que el testador, ponga un término, es decir que el incapacitado legal al cumplir cierta edad deje de ser fiduciario, ante esta situación si viviera el incapacitado legal (pues antes era fiduciario de cumplir cierta edad), al mismo tiempo que sus legitimarios y si fallecieran algunos serán sustitutos sus herederos, recuperando así la parte de legítima estricta que fue fideicomitida. Claro que esta situación, va en contra del sistema protector que el legislador desea hasta que fallezca el beneficiario incapacitado legal. A tal efecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁴⁵ se pronuncia: “mi consejo a los Notarios es que cuiden de que el testador lo exprese con claridad”. Puesto que esta imposición de término por parte del testador causaría una desprotección al fiduciario incapaz afectándole así al tercio de la legítima estricta en su totalidad.

6.2. La modificación del artículo 831 del Código civil y sus consecuencias en la fiducia parental

La L.P.P.D., en su (E.M. VII d) señala: “Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección

⁹⁴⁴ En este sentido, se pronuncia la S.T.S. 4 de noviembre 1975 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Desconocido) RJ 1975\3829, en su Considerando Tercero, al señalar: “al ordenar el testador “que sea respetado en el cultivo de dicha finca, su actual arrendatario y aparcerero Sr., continuando a su fallecimiento con tal derecho, su esposa, y al de ésta, sus hijos y descendientes”, en cuanto que ese arrendamiento lo llevó entonces arrendatario y aparcerero, y que al fallecer el causante, lo prolongó aquél hasta su muerte, ocurrida en el año 1943, y con tal motivo, sucedió en el mismo, su hija”.

⁹⁴⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 204.

patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”. Por tanto, implica para nosotros que la protección será a través del cónyuge sobreviviente, y, por otro lado afecta a la persona con discapacidad, y no a la figura del incapacitado judicial sino está este discapacitado. Por lo que, se aplicará el art. 2 de la L.P.P.D., que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) La afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100; 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o sentencia firme judicial”. Por lo que, el autor GARRIDO DE PALMA⁹⁴⁶ entiende: “que es el nuevo medio legal que permite encauzar la atribución al discapaz por la senda del patrimonio especialmente protegido, si se dan en el caso real los requisitos de la Ley 41/2003”. Por tanto, se entiende que en el art. 831 C.c., se aplicará tanto a los hijos o descendientes comunes, no expresando el precepto que están incapacitados, como también lo entiende la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁹⁴⁷ al aportar: “sin embargo, el precepto puede ser utilizado por cualquier pareja con descendencia común, tenga o no algún descendiente incapacitado”. Por lo que, entendemos que el art. 831 C.c., es solamente aplicable a las personas discapacitadas y no discapacitadas estando estas últimas solamente incapacitadas judicialmente, esto no implica que la persona con discapacidad que no sea a su vez incapacitado judicial. En este sentido, debemos señalar que la doctrina debería ponerse de acuerdo entre el concepto incapacidad y discapacitado, pues son términos

⁹⁴⁶GARRIDO DE PALMA, V. M., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Los nuevos artículos 831 y 1056, 2ª del Código Civil. Algunas aplicaciones”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (1ªEd.): Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 2025.

⁹⁴⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1116.

diferentes, por lo que no se puede aplicar el art. 831 C.c., solamente al concepto incapacitado judicial. Por tanto, como la autora DÍAZ ALABART⁹⁴⁸ aporta: “que está claro que la interpretación del nuevo texto del art. 831 C.c., debe hacerse tomando en consideración el beneficio de los discapacitados, aunque no aparezcan mencionados en su letra”.

Por lo que, la aplicación del art. 831 C.c., esta constatado por la L.P.P.D, en su (E.M. VII d) al señalar: “De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia 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”.

Por tanto, realmente lo que intenta proteger el legislador⁹⁴⁹, en este precepto es la necesidad que tienen los padres siempre que estén unidos de proteger a los hijos discapacitados. Por lo que, ante la pregunta, ¿quién les cuidará o protegerá cuando fallezcan? La postura lógica que entendemos que realizan los progenitores, será el padre o la madre que sobrevivan, y, que no tenga problemas económicos para atender a su hijo con discapacidad, y al mismo tiempo que no tenga problemas en las reclamaciones hereditarias, que pudieran surgir por parte de los hermanos

⁹⁴⁸ DÍAZ ALABART, S., (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”. Op. Cit., p. 83.

⁹⁴⁹ Mediante la promulgación de la L.P.P.D., y modificación en su art. 10, seis, art. 831 C.c.

no discapacitados, otorgándoles la facultad de distribuir y mejorar al cónyuge supérstite (art. 831 C.c.)⁹⁵⁰.

Por otra parte, nuestra pregunta será, ¿se puede otorgar al cónyuge las facultades por medio de testamento, según la interpretación, respecto al art. 831.1º C.c.? Al respecto, el autor BUSTOS LAGO⁹⁵¹ entiende: “la redacción vigente del precepto sólo permite la delegación de la facultad de mejorar en testamento”. Por lo que, entendemos que debe tener constancia en escritura pública.

Por otro lado, entiende que las facultades que se le otorgan al cónyuge supérstite la autora BERMEJO⁹⁵²: “en el supuesto del artículo 831 C.c., se diferencian de uno y otro caso; el cónyuge facultado no se limita a entregar bienes, ni nombra sucesor del causante en situaciones ya existentes; pero con su actuación, crea una posición jurídica en la sucesión delegante”⁹⁵³.

⁹⁵⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p.1116, manifiesta en este sentido: “De esta manera se concede al testador la posibilidad de conferir al cónyuge sobreviviente la facultad de mejorar y distribuir la herencia del difunto entre los hijos y descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos o 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 de las personas con discapacidad”.

⁹⁵¹ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 168.

⁹⁵² BERMEJO PUMAR, M^a. M., (2001). “*El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (la mejora a favor del cónyuge)*”. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 126.

⁹⁵³ Al respecto, la autora LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1122, aporta: “en este caso quiebra del principio de exigencia de personalismo material en la ordenación de la sucesión, puesto que una voluntad extraña va a ordenar la sucesión sin que formalmente intervenga en el acto ordenador”, refiriéndose la autora al causante.

Por otra parte, nuestra pregunta es sí, ¿se pueden nombrar herederos o legatarios? El art. 831.1º. 6º párr. C.c., no aclara el concepto, si puede ser heredero o legatario, por lo que el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁵⁴ entiende que: “no cabría por tanto, discutir sobre si es legado o institución de heredero”.

Por otro lado, entre las facultades que se le concede el causante al cónyuge facultado la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁹⁵⁵ entiende: “podrá instituir herederos o legatarios, siempre con la voluntad del causante”. Por lo que, también debemos atenernos al testamento ológrafo como aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁵⁶: “entiendo que, en principio, ha de conferirse al título de la herencia o legado, siguiendo el contenido del art. 688 C.c., está facultad queda delegada”.

Por lo que, entendemos que cabe la otorgación testamentaria al otro cónyuge, o, pueden realizarla los dos cónyuges, tanto sea matrimonio, como pareja de hecho, por si el otro cónyuge sobreviviera antes del fallecimiento, por lo que el hijo discapacitado o solamente incapacitado judicial puede ser instituido heredero como legatario, siempre en beneficio de éste, puesto es una forma de crear seguridad respecto al hijo discapacitado, pudiendo ocurrir que los demás hermanos puedan desentenderse de él, pues entendemos que aunque sea una protección indirecta es una forma de proteger los progenitores al hijo discapacitado.

⁹⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V.* Op. Cit., p. 338.

⁹⁵⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1127.

⁹⁵⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 252.

6.2.1. El significado de la fiducia parental

Primeramente cabe señalar que en el art. 831C.c., en su párr. 6º, existen dos tipos de matrimonios, siempre que el fiduciante y fiduciario sean cónyuges contemplados en el art. 44 C.c.

Por otro lado, el art. 831.6º C.c., en su interpretación literal señala que al tiempo puede ordenarse la fiducia, por el fiduciante que no estén casados, pudiendo ser una relación estable o no, respecto a su unión, por lo que contempla el precepto sobre la descendencia⁹⁵⁷, por lo que entendemos que puede ser la descendencia genética o adoptiva, como manifiesta la Jurisprudencia en la S.T.S. 28 de julio, núm. 662/2002 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) RJ 2002\5507, en su Fundamento de Derecho Tercero, al señalar: “En tal momento, la legislación vigente en el Código Civil reformando por imperativo legal de la Constitución de 1978. Así en el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación

⁹⁵⁷En este caso, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 127, entiende que: “unida al dato de la imposibilidad de su otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, permite concluir que actualmente el fundamento de la institución no es por supuesto el vínculo matrimonial (y, por ende, la *afectio maritalis* supuestamente derivada del mismo), ni siquiera una vinculación afectiva análoga en que afianzar la existencia de hijos comunes, sino tan sólo la concurrencia de hijos comunes a los que atribuir un beneficio cuya determinación se basa en la confianza que un progenitor atribuya al otro incluso en el supuesto de que ya no sea pareja o de que nunca lo haya sido”.

matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos”, y siguiendo adicionalmente se pronuncia a efectos de matrimonio y descendencia, la L.P.P.D, en su (E.M. VII d) al señalar: “Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí”.

Nuestra conclusión sobre la fiducia parental contemplada en el art. 831 C.c., su aplicación será tanto a efectos matrimoniales como extramatrimoniales en cualquier relación que exista entre dos personas tanto diferente sexo, o del mismo sexo, aunque ambas relaciones no sean duraderas lo que implica que serán casuales, y sin diferenciar si son hijos genéticos o adoptivos, a este respecto creemos que el legislador esta a la altura del Siglo XXI, puesto que tanto intenta proteger al cónyuge como a la pareja del causante y a los hijos de éste sin observar su filiación de nacimiento.

6.2.2. Las formas del ejercicio de la facultad del cónyuge supérstite

Las atribuciones que le son conferidas al cónyuge supérstite, serán por vía testamentaria, cuando el fiduciario al fiduciante le hubiese concedido esa facultad como señala el art. 831. 1º. 2º párr. C.c.

Al respecto debemos de entender que el testamento, es un acto “mortis causa”, que tendrá efectividad a la muerte del causante, como señala la S.A.P. Granada 3 de julio, núm. 326/2009 (Sección 5ª) (Ponente: Sr. Antonio Mascaró Lazcano) JUR 2009\479760, en su Fundamento de Derecho Tercero: “el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán los negocios “mortis causa” los

destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio, por vía de delegación, según resulta del artículo 831 C.c.”.

Por otra parte, también entendemos que se puede realizar por medio de actos “inter vivos”, pudiendo realizarse en un sólo acto total de asignación o en actos de asignación parciales y no revocables, por lo que no serán donaciones⁹⁵⁸, aunque pueden coincidir con asignaciones hereditarias del fiduciante con donaciones de bienes del fiduciario⁹⁵⁹, e incluso con atribución de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, como asignación hereditaria de la herencia del fiduciante, y parte de la donación del fiduciario. Por lo que, los actos “inter vivos”, comportarían las siguientes situaciones: 1º ningún hijo podría reclamar nada mientras el cónyuge supérstite sobreviviente, no hubiera dispuesto de todos los bienes del cónyuge fallecido; 2º no se sabrá si la disposición realizada por el cónyuge supérstite perjudica la legítima estricta de los otros hijos, pudiendo en este caso el fiduciario subsanar el problema con la atribuciones que conciernen a los hijos comunes.

Por otra parte, además de los inconvenientes que hemos expuesto en los actos “inter vivos”, la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁹⁶⁰ señala otro inconveniente: “el nombramiento de herederos en “actos sucesivos” no es

⁹⁵⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1128, manifiesta en este sentido: “No parece que el cónyuge pueda hacer donaciones en sentido propio, con los bienes del difunto, que se recibirán siempre por título sucesorio, aunque la asignación se haga por actos inter vivos”.

⁹⁵⁹ Al respecto, la autora LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1128, entiende que: “la distribución puede hacerse en instrumento inter- vivos en uno o varios actos, simultáneamente o sucesivos, y expone el ejemplo del fiduciario, que asigna un bien concreto a un descendiente en concepto de mejora, sin distribuir todavía el resto, y añade, el acto puede ser bienes concretos o de simple designación de cuotas que luego se repartan los bienes entre favorecidos”.

⁹⁶⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1128.

convinciente y expresa los motivos, si existen deudas, todos los herederos responderán incluso con su patrimonio, salvo la aceptación de beneficio de inventario (arts. 998 y 1010 C.c.), no parece justo cargar al heredero nombrado en primer lugar con el pago de las deudas, cosa que puede suceder si los nombramientos se hacen en actos sucesivos y distantes en el tiempo”. Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la autora, puesto si se nombran herederos en “actos sucesivos” y además en actos “inter vivos”, opinamos que puede generar como se pronuncia la autora, si existen deudas en la herencia los restantes herederos aun estarán en la herencia, aunque tengan patrimonios individuales respondiendo éstos, por lo que al aceptar la herencia sin haber recibido su participación se verán estos afectados tanto en su patrimonio individual, a no ser como señala la autora la acepten a beneficio de inventario.

Por otro lado, entendemos si el cónyuge supérstite atrasa el nombramiento de los herederos, y existen deudas los acreedores podrán demandar a la herencia que es yacente, pues no han sido llamados los herederos, y por lo que existe la posibilidad que los herederos insten al cónyuge supérstite, mediante la aplicación analógica del art. 1005 C.c.

Además, los actos “inter vivos”, deberán constar su atribución de los bienes que se realicen en escritura pública⁹⁶¹, o, en acta notarial con la protocolización del cuaderno particional y acceso al R.P.,⁹⁶² mediante la aplicación del art. 82.2º R.H.

⁹⁶¹ En este sentido, cabe mencionar la S. A. P. Cuenca 7 de noviembre, núm. 304/2001(Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura) JUR 2002\19537, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “una donación inter vivos ya que hace al tratarse de inmuebles faltaría el requisito ad solennitatem de la escritura pública”.

⁹⁶² Como, aporta la autora LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1128.: “De todos modos, es posible que se deniegue la inscripción si no dan su conformidad a

6.2.3. *Se revocan los actos inter vivos o los actos mortis causa*

Los actos “inter vivos” aunque no sean revocables unilateralmente, puede darse el caso que exista un acuerdo entre el causante y la persona mejorada, en este caso puede ser la persona discapacitada. Por lo que, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁶³ aporta que: “el testamento siempre es revocable y modificable, mientras viva el causante, por otro posterior, bien en los actos inter vivos”. Por tanto, entendemos en el caso de los actos “mortis causa” siempre se podrá modificar el testamento mientras viva el causante, sus consecuencias serán que gozará el testador de un amplio espacio de tiempo para mejorar a la persona incapaz pudiendo ser al mismo tiempo discapacitada, aunque los demás hijos no sabrán si están perjudicados, hasta incluso en la legítima estricta, por lo que no podrán reclamar al cónyuge supérstite, si son actos “inter vivos”, tanto si son por medio de asignaciones totales o parciales, sino ha dispuesto el cónyuge la totalidad de los bienes del causante.

Nuestra conclusión es que sí se pueden revocar los actos “inter vivos”, y pueden revocarse si existe un acuerdo, siempre que viva el causante y la persona con discapacidad o incapaz, lo que implicará la modificación testamentaria que serán actos “mortis causa”.

la adjudicación los herederos y los legitimarios, sean o no herederos, pues en otro caso el Registrador no podrá saber si se han respetado las legítimas y demás disposiciones del causante”.

⁹⁶³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 256.

6.2.4. *El cónyuge supérstite puede enajenar*

Atendiendo al art. 783. 3º párr. C.c., no podrá enajenar los bienes salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Por lo que, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON⁹⁶⁴ entienden que: “el fiduciario es un heredero, lo que significa que es propietario de los bienes sujetos a la sustitución, si bien de carácter temporal, pese a ser propietario está sometido a cuantas limitaciones nacen del hecho de que tiene conservarlos para transmitirlos⁹⁶⁵ (al fallecimiento del causante)”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia se pronuncia en la S.T.S. 28 de febrero, núm. 133/1996 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) RJ1996\1269, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Siendo la doctrina consolidada que el fiduciario no puede disponer de los bienes hereditarios sin más y por sí solo; sí puede, por supuesto, disponer de su titularidad o propiedad en las circunstancias en las que las que la tiene, es decir limitada en el tiempo, ya que es dueño mientras el fideicomiso dure. El fiduciario puede por tanto disponer, por sí solo, de su propiedad temporal, pero siempre con el gravamen fideicomisario, lo que no puede es disponer de los bienes como libres”.

⁹⁶⁴ DIEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 367.

⁹⁶⁵ En este sentido, cabe mencionar la S.T.S. 28 de febrero, núm. 133/1996 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) RJ 1996\1269, en su Fundamento de Derecho Segundo, que señala: “la realidad es que tal derecho era una propiedad fiduciaria o temporal, sujeta a la obligación de conservarla y entregarla a su fallecimiento al otro heredero designado como fideicomisario”.

Por otro lado, debemos de tener presente la voluntad del causante, como lo aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁶⁶: “en la forma establecida en el art. 841 C.c., cuando el testador lo haya autorizado, el cónyuge viudo fiduciario y, por tanto, el administrador podrá ser facultado expresamente por el testador para enajenar bienes hereditarios en el supuesto de necesidad o utilidad y actuando el principio de subrogación real, ya que el fiduciario es bastante más que un simple albacea y a éste puede facultarle el testador para ello, y añade, siempre que no afecte a las legítimas estrictas”. Por lo que, en este sentido el T.S., y la D.G.R.N., se pronuncian a favor en la S.T.S. 9 de junio, núm. 597/1993 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez- Pardo) RJ 1993\4474, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “como subsiste la declaración de la Sala conforme a la cual el albacea tenía facultades de disposición y no era menester que los herederos intervinieran en la venta puesto que a tenor del testamento, rectamente interpretado por la Sala en uso de sus funciones, confiere al albacea facultades para enajenar”, y la D.G.R.N. (Propiedad) Resolución 25 enero de 1990 RJ1990\112, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “el albacea , en la venta, como en todos los actos que acometa, “ha de ceñirse estrictamente a su función que no es otra que la ejecución del testamento”. Por tanto, entendemos que el legislador lo que ofrece que no existan limitaciones en la voluntad del causante en la facultad que le confiere al cónyuge supérstite, en actos de enajenación en la venta de los bienes o derechos. Por lo que, tendrá facultad de disponer él cónyuge supérstite, sobre los bienes que están en el caudal relicto, siempre que tenga la expresa voluntad del testador en la disposición

⁹⁶⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 261.

testamentaria⁹⁶⁷. Por lo que la doctrina, entiende que el cónyuge supérstite (fiduciario) puede dispone en casos de necesidad, entre los autores cabe menciona a BELTRÁN DE HEREDIA⁹⁶⁸ que aporta que: “el cónyuge está facultado para disponer de los bienes componentes del caudal relicto entre los hijos y descendientes comunes”. Por nuestra parte, entendemos que puede vender el cónyuge supérstite, sí se lo otorga el testador, por necesidad de uno de los hijos discapacitados, pudiendo ser diversas las causas lo que conlleva esto una enfermedad, o, al mismo tiempo que tenga una discapacidad física y se tiene que adaptar la casa a sus necesidades, respetando las legítimas estrictas de los demás hijos comunes.

6.2.5. Las facultades que le son concedidas al cónyuge supérstite

La facultad del cónyuge supérstite, siempre que lo haya instituido el causante se concreta en la posibilidad:

1º) Administración.

2º) Mejoras.

⁹⁶⁷ En este sentido, TRINCHANT BLASCO, C., “Sucesiones”. Op. Cit., p.926, manifiesta: “Se establece el carácter supletorio de las limitaciones de enajenación establecidas al fiduciario. Por tanto, la voluntad del testador expresamente manifestada en cuanto a la facultad de enajenar de todos o parte de los bienes habilitará ésta posibilidad al fiduciario, el cual deberá conservar el contravalor de la venta como bien fideicomitido”.

⁹⁶⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1142. DIEZ - PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 369, entienden: “Si embargo, negar el fiduciario poder de disposición en casos de necesidad o utilidad evidente sería perjudicial para los intereses de los futuros titulares de la herencia, y añade, el fiduciario puede cobrar créditos de la herencia y otorgar la cancelación de la hipoteca que los garantizaba”.

3º) La distribución y adjudicación de bienes y derechos.

4º) la facultad de partir del cónyuge supérstite.

Siempre que éste dentro de los límites que el causante hubiese previsto en el testamento.

6.2.5.1. La administración por el cónyuge supérstite del caudal relicto

Nosotros entendemos que la administración del patrimonio corresponde al cónyuge viudo. Aunque, como menciona el autor MILLÁN SALAS⁹⁶⁹: “respecto al contenido de esta administración, el C.c., no hace referencia alguna”.

Por lo que, los actos de administración del cónyuge supérstite son de carácter temporal, al respecto cabe mencionar la S.A.P. Cantabria 11 de mayo, núm. 212/ 2004, (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus) JUR 2004\193808, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “si consideramos que las facultades de administración comprenden exclusivamente la realización de actos dirigidos a la conservación y defensa de los bienes, y los encaminados a obtener de los bienes los rendimientos que normalmente debe proporcionar de acuerdo con su destino económico; si tenemos en cuenta que la administración es simplemente temporal y no vitalicia”. Por lo que, la sentencia nos aclara las funciones que tiene otorgadas el cónyuge supérstite en la administración.

⁹⁶⁹ MILLÁN SALAS, F., (Dir. Rogel Vide, C., et al.) (2006). “*La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*”. Tercera Época- AÑO CLIII- Julio-Agosto, nº. 3, Madrid: Reus p. 429.

Por otra parte, entendemos que la figura del cónyuge supérstite respecto a la administración es útil para el hijo discapacitado, pues además el hijo discapacitado puede a su vez estar incapacitado judicial, puesto que son reacios los padres a su incapacidad judicial, en este caso puede tener “necesidades vitales”, tanto por su discapacidad como por su incapacidad puesto que estando en vida el padre o la madre fiduciario, existirá más seguridad para atender a sus necesidades que estarán aseguradas.

Por otro lado, se demuestra un reforzamiento por el causante una posición de confianza hacia el cónyuge supérstite, en la administración de los bienes y derechos que comprende su administración.

6.2.5.2. Los bienes que recaen en la facultad del cónyuge supérstite

En primer lugar tenemos que atenernos a la voluntad del testador, mediante la aplicación del art. 831.1º C.c., atendiendo ¿a qué tipo de facultades le han sido conferidas al cónyuge supérstite sobre la facultad de representación? Pues el testador le faculta sobre todos los bienes de la herencia, o, en su caso si se hubiera adjudicado a ciertos coherederos los bienes de la herencia, mediante el pago total o parcial de la cuota que les pertenece⁹⁷⁰, y, sobre todos los demás bienes y derechos que son determinados y que constituyen la herencia o el legado.

⁹⁷⁰ Al respecto, el autor LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 348, entiende: “En el cumplimiento de encargo, lleve a cabo la liquidación y fijación de los cuanta de las diversas cuotas sucesorias”.

Por otra parte, entendemos en la parte que no dispuso el testador en la herencia serán para los hijos o descendientes comunes, por lo que serán estos posibles beneficiarios, con participaciones que aun no están por determinar.

Por otro lado, también tenemos que tener en cuenta que rige la voluntad del testador en los hijos no comunes⁹⁷¹, puesto que son tan herederos como los hijos comunes, recibiendo por legítima lo que les corresponda, o, en su caso lo que hubiera dispuesto a su favor el testador, mediante la aplicación del art. 831 C.c.

Por lo que, tenemos que tener presente que tendrá efectividad cuando el cónyuge supérstite ejercite la facultad delegada por el causante, será un llamamiento concreto, como lo aporta el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁷² : “puesto este llamamiento tendrá el carácter abstracto, que sólo pasará a tener un contenido concreto una vez el fiduciario ejercite su facultad delegada. Es decir se sabe quiénes serán los sucesores pero no la proporción o cuantía en que se produce el llamamiento abstracto⁹⁷³ , y añade, es una situación a la yacencia dada la inconcreción del llamamiento”. Por lo que, entendemos que existe una incertidumbre sobre la designación del quantum, y la protección interina del cónyuge supérstite sobre los hijos que van a ser presuntos herederos sobre las figuras jurídicas

⁹⁷¹ En este sentido, el autor MILLÁN SALAS, F., “*La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*”. Op. Cit., p. 418, aporta: “tampoco se invalidará la facultad concedida al supérstite. Estos hijos son tan herederos como los hijos comunes”, refiriéndose el autor a los hijos no comunes.

⁹⁷² LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 260.

⁹⁷³ Desde que se produce el llamamiento los hijos comunes podrá aceptar o repudiar la herencia, no pudiéndose condicionar su aceptación, cuando se produzca la distribución con la aplicación del art. 990 C.c.

de la herencia, en este caso legado o mejora, teniendo en cuenta que existen varios llamamientos que serán de carácter simultáneo a varios hijos comunes, pero indeterminados.

En este sentido, pensamos que la figura del cónyuge supérstite es necesaria para atender a las necesidades de los bienes y derechos que les correspondan a cada uno de los hijos o descendientes comunes.

6.3. La delegación que tiene en la facultad de mejorar el cónyuge supérstite

La nueva redacción del art. 831.1º C.c., menciona la facultad de mejorar. Por lo que, el autor BUSTOS LAGO⁹⁷⁴ aporta: “la delegación de la facultad de mejorar se hace a favor del cónyuge, de manera que sólo puede ejercitarla si el matrimonio subsiste en el momento del fallecimiento del delegante”, aunque también tenemos que pensar que es aplicable a la pareja de hecho.

Por lo que, la facultad de mejorar la tiene el cónyuge causante, con delegación expresa mediante actos “inter vivos” o “mortis causa”, al cónyuge supérstite. Por lo tanto, esta facultad la tendrá inicialmente el causante tanto para mejorar igual, como desigualmente a los hijos o descendientes comunes, e incluso a los no comunes, puesto que rige su voluntad de testar, en este caso cabe señalar la S.A.P. Madrid 16 de diciembre, núm. 877/2008 (Sección 12ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Vicente Zapater Ferrer) JUR 2009\160510, en su Fundamento Jurídico

⁹⁷⁴ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 168.

Segundo y Tercero, señala: “debe prevalecer la voluntad expresa del testador, que decidió instituir herederos a sus hijos en partes desiguales, disponiendo de esta manera una mejora tácita, y una asignación de bienes, que no perjudica su legítima estricta. Por otra parte, el descendiente legitimario que concurre con otros descendientes legitimarios, solo tiene derecho, contra su voluntad paterna, a su legítima estricta por así disponerlo el art. 808 del C. Civil”. Por lo que, entendemos que la legítima estricta es obligatoria, en los descendientes legitimarios, salvo desheredación⁹⁷⁵.

A todo esto nuestra pregunta es, ¿si el cónyuge supérstite puede o no gravar el tercio de legítima estricta en el fideicomiso mencionado en el art. 808 C.c., siempre que existiera un hijo o descendiente incapaz y discapacitado a su vez, o, incapacitado judicial?. Como aporta, el autor ROCA GULLAMÓN⁹⁷⁶: “el artículo 830 del C.c., establece que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro, lo que es coherente con el carácter personalísimo del testamento; de modo que no es posible dejar su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero”. Por lo que, entendemos que se debe respetar la voluntad del testador, pero si desde el fallecimiento del testador, puede que un hijo o descendiente, sea

⁹⁷⁵ Como también, lo entiende el autor TRINCHANT BLASCO, C., “Sucesiones”. Op. Cit., p. 971.: “El instrumento adecuado para atacar la legítima del heredero forzoso es la desheredación (puesto que no tendría derecho a la legítima estricta)”.

⁹⁷⁶ROCA GUILLAMÓN, J., (Coords. González Porras, J.M., Méndez González F. P.,) (2004). “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2 tomos) (1ª Ed.). Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, p. 4279.

discapacitado e incapaz⁹⁷⁷, o, incapacitado judicial y al mismo tiempo tiene mayores prioridades que cualquier hijo o descendiente legitimario, quedará desprotegido a diferencia de los demás legitimarios ante esta situación tendría que habérselo planteado el legislador, por lo que tendría que modificar el precepto.

Por otra parte, nuestra pregunta es la siguiente, ¿qué hijos o descendientes tienen la facultad de mejorar? En este caso, serán los hijos o descendientes comunes como manifiesta el art. 831.1º C.c., pues entendemos que ante la expresión que menciona el citado precepto son los hijos comunes, y demás descendientes comunes (por ejemplo nietos), aunque vivan o no sus descendientes intermedios⁹⁷⁸, atendiendo a la figura jurídica del concepto de descendientes, mediante su aplicación literal del art. 807.1º C.c. Por lo que, el autor MILLÁN SALAS⁹⁷⁹ aporta: “en definitiva, los beneficiarios de la facultad de mejorar del artículo 831 C.c., tienen que ser hijos o descendientes comunes, sean legitimarios o no del causante”.

Por otra parte, nos preguntamos, ¿si se puede mejorar cuando en la pareja de hecho, si el cónyuge que sobrevive al otro tiene hijos no comunes

⁹⁷⁷En este sentido, cabe señalar la S.A.P. Las Palmas 14 de diciembre, núm. 543/2009 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Martín Calvo) JUR 2010\151772, en su Fundamento de Derecho Primero: “Finalmente rechazada la pretensión de mejora de la Sra., en cuanto ni siquiera ostenta el carácter de “discapacitada” a efectos de la Ley 41/2003”.

⁹⁷⁸LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., pps. 246-247, manifiesta en este sentido: “Que, del mismo modo, podrá ejercitarlas respecto a hijos de hijos al tiempo de ese ejercicio, siempre que el cónyuge otorgante fallecido así lo hubiera dispuesto, nombrando a estos nietos herederos en cualquier proporción (entendiéndose testamentariamente)”.

⁹⁷⁹ MILLÁN SALAS, F., “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 417.

precedentes de una relación matrimonial o de hecho anterior a esta, o, en caso que tenga estos hijos sea el cónyuge que otorga la mejora? En el primer caso del cónyuge supérstite, no tiene dificultad de aplicar la mejora que se le facultó en su día por el cónyuge fallecido, estos hijos que no son comunes no concurrirán con los medios hermanos, puesto que no son hijos del cónyuge otorgante que le concedió la facultad de mejorar al cónyuge supérstite, puesto que son de una relación anterior y no de la relación posterior del cónyuge supérstite, esto sería causa de extinción de la facultad de mejorar, a no ser que el testador (cónyuge fallecido) hubiese dispuesto otra cosa a su favor, con cargo a la porción libre mediante la aplicación del art. 831.5º C.c.

En el segundo caso, si es el cónyuge el que otorga es el que tiene los hijos comunes y en su caso descendientes de estos, siempre que premurieran sus padres (aplicando el art. 1006 C.c.), de una relación anterior, no se invalidará la facultad que le concedió, en su día al cónyuge supérstite, quedando a la aplicación del art. 831 C.c., y recibiendo estos la legítima que les corresponda, (con la exclusión del cónyuge al que se le concedió la facultad de mejorar) y lo que el testador hubiese dispuesto a su favor, de lo contrario sino hubiera dispuesto nada el causante, no sería aplicable el art. 831 C.c., con relación a los arts. 830 y 670 C.c.⁹⁸⁰

⁹⁸⁰ Al respecto, los autores DÍEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 426, entienden que: “El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos. De no hacerlo, el perjudicado podrá pedir la rescisión de los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado (en este caso serán los descendientes comunes que pedirán la rescisión del causante, puesto que este habrá fallecido, y si fueran discapacitados incapacitados judicialmente, sería el tutor, puesto que el cónyuge supérstite, no podría ser tutor art. 244.4º C.c., con la aplicación de los arts. 246 y 247 C.c.) con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades”.

Por otra parte, nos tenemos que preguntar, ¿si solamente sobreviviera un hijo común? Al respecto, el art. 831.1º C.c., menciona “hijos o descendientes comunes”, en este caso el que sobrevive es un hijo o descendiente común, no se podría aplicar el art. 831 C.c.,⁹⁸¹ puesto que todo el contenido de herencia quedaría a su favor (excepto en el caso desheredación (arts. 848, 849, 853 C.c.), y, por indignidad (art. 756, párrafos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º⁹⁸²).

Por otro lado, puede ser que exista al menos un hijo y un descendiente de ulterior grado que pueden ser comunes (por ejemplo nietos e hijo), si se podrá realizar la facultad de mejorar tanto a los hijos comunes como a los descendientes.

Por otra parte, otra cuestión que puede acontecer es que el cónyuge que tiene la facultad delegada por el causante no tenga hijos o descendientes comunes, ante esto el autor BUSTOS LAGO⁹⁸³ entiende: “que se extinguiría la facultad delegada cuando opera sobre el mismo cónyuge, en el caso de que no existieran “hijos o descendientes comunes”.

Por otro lado, el art. 831.1º C.c., aclara la cuestión referente a la facultad de mejorar realizándose con cargo al tercio de libre de disposición, al respecto la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁹⁸⁴ entiende

⁹⁸¹ También, podría darse el caso que aporta la autora LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1125.: “Que sobrevivan al concedente de la facultad varios hijos o descendientes comunes”. Por lo que, entendemos que también sería inaplicable el art. 831 C.c.

⁹⁸² Pudiéndose, aplicar a todos los herederos o descendientes comunes, que el testador concede la facultad de mejorar.

⁹⁸³ BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 168.

⁹⁸⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1132, la autora se refiere al art. 831 C.c.

que: “la posibilidad de “mejorar” con cargo al tercio de libre disposición es una novedad de esta última reforma del artículo 831 C.c.”.

Por lo que, en este caso tenemos que diferenciar la mejora en su expresión estricta, puesto que el tercio de la legítima larga beneficiará solamente al hijo o descendiente común, mientras que a los demás legitimarios les mermará la porción de legítima que les corresponda.

Por tanto, a nuestro entender sería diferente si el causante dispuso en su momento que los hijos o descendientes dispusieran del todo o parte del tercio de libre disposición. Puesto que la mejora se realizará respecto al tercio de libre disposición, los otros hijos o descendientes comunes siempre que sean herederos forzosos, recibirán el tercio de la parte que les corresponda en concepto de legítima.

Por lo que, es extensible el concepto de hijos y descendientes, pues lo que intenta proteger el legislador mediante esta protección patrimonial indirecta a través del cónyuge supérstite, es a las personas con discapacidad, o, discapacitados incapacitados judiciales, lo que implica que si no cumple con la disposición del causante, contravendrá la voluntad del testador, invalidando la disposición realizada del causante a favor del cónyuge supérstite, e incluso apartándolo a éste de la tutela si fuera una persona discapacitada e incapaz.

6.3.1. Cuando se hubiera preterido un hijo común o descendiente

El art. 831.4º C.c., atiende a los hijos o descendientes no comunes, cuando hubiese sucedido que el testador hubiera preterido no

intencionadamente, pudiendo también ser un hijo o descendiente común del causante cuya existencia tenía ignorancia el padre, pues el causante confirió las facultades de atribución y distribución en relación a sus descendientes comunes, lo que implica que el testador no era conocedor del preterido no intencionado, en este caso la autora BELTRÁN DE HEREDIA⁹⁸⁵ se inclina: “a favor de la cuota intestada, sin perjuicio de las mejoras y demás disposiciones hechas en la vida del testador”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia se pronunció en la S.T.S. 22 de junio núm. 605/1998 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros) RJ 1998\4907, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “Estimaban los actores que el Sr., había preterido no intencionalmente a sus nietos, por lo que debería abrirse la sucesión intestada”. Por lo que, nosotros afirmamos que el preterido no intencionalmente, tiene derecho a la cuota intestada, las mejoras, y otras disposiciones que hubiera realizado el testador en vida sin conocer a sus hijos o descendientes comunes.

Por otro lado, entendemos que si el hijo o descendiente común ha sido preterido intencionalmente, se producirán los mismos efectos que la desheredación injusta⁹⁸⁶.

Por otra parte, la preterición intencional, tiene su efecto respecto al preterido como señala la S.A.P. Cádiz 28 de enero, núm. 54/2009 (Sección

⁹⁸⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1145. De la misma forma, LACRUZ BERDEJO, J. L.,(2009). *Elementos de Derecho Civil V.* Op. Cit., p. 404, manifiesta: “Si conocía (refiriéndose al testador) la existencia de algunos y no la de otros, sigue la regla tradicional de anular la institución de heredero y respetar las mandas en lo posible”.

⁹⁸⁶ Art. 814 C.c., con relación al art. 851 C.c. De la misma forma, se pronuncia la S.T.S. 5 de octubre 1991 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1991\6889, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala: “la preterición voluntaria, significada por la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador, no puede tener más alcance que el previsto para el caso de desheredación”.

5^a) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo) JUR 2009\156817, en su Fundamento de Derecho Primero: “la preterición intencional no da lugar a la nulidad del testamento sino sólo a que el preterido pueda reclamar lo que por legítima le corresponda”⁹⁸⁷. Por tanto, implica para nosotros que el cónyuge superviviente tendrá que pagarle su legítima estricta, sin poder mejorarle ni atribuirle bienes con cargo al tercio de libre disposición.

6.4. La distribución y adjudicación de los bienes y derechos

La distribución de los bienes y derechos, está contemplado en la (E.M. VII d) de la L.P.P.D., al señalar: “De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejora, para distribuir la herencia del premuerto”.

Por otra parte, el art. 831.1º C.c., no menciona la expresión delegación de la facultad de distribuir, refiriéndose únicamente a las facultades para realizar las mejoras y en general adjudicaciones, o atribuciones de bienes concretos.

⁹⁸⁷ De la misma forma, entiende el autor y refiriéndose a la doctrina LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 403. : “En opinión de una parte de la doctrina, para que haya preterición intencional es preciso que el testador conozca, en el momento de testar, no ya sólo la existencia del legitimario, sino su condición de tal: que es persona con derecho a legítima”.

Por lo que, tenemos que diferenciar estas facultades que se le conceden al cónyuge supérstite, al respecto la autora BERMEJO⁹⁸⁸ intenta: “diferenciar la facultad distributiva de que goza el cónyuge pues estima que es consecuencia de la facultad de disposición, por lo que entiende que esta facultad de disposición no es del causante, en este caso admite que la facultad que tiene el cónyuge supérstite, como consecuencia de la facultad que le fue delegada”.

Por otro lado, el cónyuge supérstite tiene la facultad tanto de mejorar y distribuir, de esta forma aporta la autora CASTILLO MARTÍNEZ⁹⁸⁹ : “esta doble posibilidad de distribuir y mejorar, contenida en el precepto analizado, no implica que las facultades delegadas por el testador en el sobreviviente deban incluir necesariamente ambas facetas, pudiendo atribuirse al cónyuge viudo el ejercicio de ambas posibilidades o únicamente una de ellas”. Por lo que, nosotros entendemos que el testador tiene la facultad de testar, por tanto el testador puede atender a una u otra figura jurídica, según se observe si el cónyuge supérstite tiene ciertas cualidades, lo que implicaría el nombrar varios fiduciarios, en este caso no se contempla en el art. 831 C.c., por lo que entendemos que esta doble facultad es inaplicable al cónyuge supérstite y siguiendo adicionalmente esta cuestión lo corrobora el autor SERRANO GARCÍA⁹⁹⁰ al aportar: “si hay dos estirpes de descendientes comunes habidos con dos mujeres distintas, podría elegir a cuál de las dos mujeres deja la facultad de mejorar:

⁹⁸⁸ BERMEJO PUMAR, M^a. M., “El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (la mejora a favor del cónyuge)”. Op. Cit., p. 231.

⁹⁸⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 128.

⁹⁹⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 333.

a la viuda, cuando él muera, o la madre del otro grupo de hijos. Pero lo que no se puede hacer es conceder la facultad a uno de los progenitores respecto a los hijos del otro progenitor”.

Al respecto, nos preguntamos, ¿qué puede surgir en la facultad delegada del cónyuge supérstite? El art. 831 C.c., atribuye al cónyuge supérstite la facultad de poder realizar adjudicaciones y atribuciones, o, puede ocurrir que el causante delegue solamente la facultad de atribuir o adjudicar. En el caso que solamente se le haya delegado una de estas dos facultades, bien la facultad de atribuir o adjudicar al cónyuge supérstite, será porque las mejoras de cuota ya las había terminado el causante en su testamento, en este caso también se puede incluir la mejora, a no ser que el causante hubiera dispuesto por completo de los tercios de mejora y de libre disposición, pues en este caso no se incluirían.

Por otra parte, puede darse el caso que solamente al cónyuge supérstite se le hubiese conferido la facultad de distribuir, en este caso sostiene el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁹¹: “ya que éste, por ejemplo, puede haber fijado cuotas delegando sólo la facultad de distribuir, y añade, en este caso, lo que el cónyuge viudo estará realizando al efectuar la distribución será meramente un acto particional del mismo carácter que el que pudiera haber efectuado el propio testador (art. 1056 C.c.)”. Por lo que, entendemos que implica que es una facultad delegada la que tiene el cónyuge supérstite en la distribución de las cuotas, o, bienes concretos, entre los legitimarios que pueden ser herederos o legatarios.

⁹⁹¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 249.

Por otro lado, algún autor entiende que las facultades tanto de distribuir como mejorar están unidas, al respecto cabe mencionar al autor ROCA GULLAMÓN⁹⁹² que aporta: “parece evidente que estas últimas facultades implican lo mismo que distribuir, porque entre los títulos en atención a los cuales pueden realizarse estas atribuciones se encuentra el de mejora que el propio precepto menciona en primer lugar (refiriéndose el autor al art. 831.1º.1º párr.), y añade, además, según la Exposición de Motivos, “se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto”. Por tanto, opinamos que esta situación sería la más normal puesto que el causante de esta forma tendría más confianza en el cónyuge superviviente, realmente es lo que intenta conciliar el legislador para la protección de la persona con discapacidad.

Nuestra conclusión, sobre la facultad de distribuir y adjudicar bienes y derechos por parte del cónyuge superviviente es una facultad delegada por el causante tanto en las figuras jurídicas de herencia o legado, como si la hubiera realizado el mismo causante, por tanto implica una protección a las personas como discapacidad e incapacidad judicial.

⁹⁹²ROCA GULLAMÓN, J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003”. Op. Cit., p.4293.

6.4.1. Las facultades que el causante le atribuye al cónyuge supérstite

Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁹³ entiende: “que las facultades de distribuir, adjudicar y mejorar, están unidas en el art. 831 del C.c., con exclusión a lo concerniente a las legítimas estrictas”.

Por otro lado, entendemos que estas facultades que se conceden al cónyuge supérstite se realizan en actos “inter vivos” así también lo estima el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁹⁴ al entender que: “puede hacerse por instrumento inter vivos, y en uno o varios actos de distribución y expresa el ejemplo, asignando a un hijo en calidad de mejora, o por legítima, un objeto concreto, sin distribuir todavía el resto”. Por lo que, entendemos en el momento que se produzca la partición pueden ser bienes concretos que serán exclusivamente para un hijo o hijos designados por el causante, o, de simples asignaciones de cuotas para que se dividan entre los legitimarios favorecidos. Por lo que, admite el propio autor la facultad que le concede el causante en la distribución al propio cónyuge supérstite, en atención a la protección de la persona discapacitada, al aportar el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁹⁵: “si la distribución, en la fiducia otorgada viene fundada en la presencia de un hijo o nieto disminuido entiendo que el fiduciario, si ha sido facultado”. Por tanto, entendemos que en este caso en el uso de su facultad el cónyuge supérstite puede atribuir al hijo o descendiente

⁹⁹³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 250.

⁹⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., pps. 348-349.

⁹⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 349.

discapacitado el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, que anteriormente habíamos estudiado en el art. 822 C.c., no computándose en el cálculo de las legítimas, siempre que en el momento del fallecimiento del causante estuvieran conviviendo los dos, cónyuge supérstite y el hijo discapacitado.

Por otra parte, entendemos que el fiduciario al hacer las atribuciones y adjudicaciones, tendrá la obligación de respetar el derecho del discapacitado si lo necesita, aunque el descendiente legitimario no sea común.

Por otro lado, puede darse el caso que el cónyuge viudo puede atribuirse la propiedad mediante la aplicación de los arts. 1406.4º y 1407 C.c., con relación al art. 822.3º C.c., o, el derecho de uso y habitación, concurriendo con la persona discapacitada, y al mismo tiempo también se le pueden atribuir otros bienes, como la adjudicación de bienes concretos o mejora de cuota, con la aplicación del art. 829 C.c., en este caso puede ser una empresa familiar, como señala la S.A.P. A Coruña 23 de marzo, núm. 60/2004 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Busto Lago) AC 2004\1866, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “la interpretación, permite afirmar con rotundidad que nos encontramos en presencia de una institución de herederos realizada a favor de los cinco hijos de la testadora, mejorando en una cosa determinada del haber hereditario a dos de ellos, de manera conjunta”, y siguiendo adicionalmente el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁹⁶ entiende: “que las mejoras de cosa cierta también pueden ser las mejoras de cantidad (que igualmente pueden ser con mención o sin mención de cuota) reguladas por el art. 832 C.c.”.

⁹⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V.* Op. Cit., p. 343.

Por tanto, entendemos que una vez realizadas las cuotas incluyendo las mejoras que se atribuyen a cada heredero o legatario, que puede ser una empresa a uno de los hijos o descendientes comunes, se procederá a la partición.

Nuestra conclusión sobre las facultades que le concede el causante, primero las realiza el cónyuge supérstite mediante actos “inter vivos”, pudiendo favorecer a la persona con discapacidad o incapacitado judicial, mediante la adjudicación de bienes concretos que también pueden ser de carácter dinerario, por lo tanto entendemos que ante todo el cónyuge sobreviviente que fueron delegadas estas funciones debe respetar tanto las atribuciones o adjudicaciones, como la mejora de la persona discapacitada o incapaz, puesto que pueden tener “necesidades” para su sobrevivencia.

6.4.2. Se pueden rescindir los actos del cónyuge supérstite facultado

De lo expresado en el art. 831.3º.2º párr. C.c., se puede interpretar que si es posible la rescisión, siempre que se respeten a los descendientes comunes, sino se respetan sus causas serán: 1º La lesión en su legítima estricta. 2º La participación en los bienes relictos que a su favor hubiese ordenado el causante. Al respecto, el autor ROCA GULLAMÓN⁹⁹⁷ aporta: “la facultad que se reconoce a los descendientes comunes perjudicados por actuación del causante”. Puesto que, entendemos que si la disposición testamentaria perjudica a los herederos o legatarios, y podrá ser rescindida con aplicación en ambos casos el art. 1057 C.c.

⁹⁹⁷ROCA GUILLAMÓN, J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003”. Op. Cit., p.4294.

Como hemos visto la legítima estricta debe ser respetada, así se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 26 de noviembre 1968 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Francisco Bonet Ramón) RJ 1968\5542, en su Considerando Quinto, señala: “La legítima como institución de orden público o de derecho necesario no puede ser derogada por la voluntad de los particulares, por lo que el testador no podrá imponer sobre la legítima, gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie”, y siguiendo adicionalmente el autor LACRUZ BERDEJO⁹⁹⁸ entiende: “si el testador no puede disponer de la legítima, evidentemente el llamamiento a la misma procede sólo de la Ley, y añade, hay una reserva: una atribución directa⁹⁹⁹”. Por lo que, entendemos que si algún legitimario resultase perjudicado en su legítima se podrá aplicar el art. 815 C.c.

Por tanto, en el caso de perjudicar en la participación en los bienes relictos que a su favor hubiese ordenado el causante, se aplicarán los arts. 1073 y s.s. C.c., en este sentido si las atribuciones fueron inoficiosas, y realizadas por el cónyuge supérstite se aplicará el art. 1076 C.c., y su duración será de cuatro años. Por lo que, el autor LACRUZ BERDEJO¹⁰⁰⁰ entiende: “se trata de un plazo de caducidad sometido, por tanto, a la disciplina específica de la misma¹⁰⁰¹ y corre frente a los menores e incapacitados, salvo si procede la aplicación del art. 1.291 C.c.”. Por lo

⁹⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V.* Op. Cit., p. 317.

⁹⁹⁹ El autor se refiere al art. 806 C.c.

¹⁰⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V.* Op. Cit., p. 132.

¹⁰⁰¹ Al respecto, cabe mencionar la S.T.S. 6 de junio 1990 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel González Alegre y Bernardo) RJ 1990\4739, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “al entender que, dada la naturaleza de la acción de rescisión, cuyo plazo de caducidad decae fatal y automáticamente sin que admita causa alguna de interrupción, siendo lo cierto que, habiendo transcurrido el plazo de los cuatro años, en atención a las fechas de iniciación y ejercicio, no cabe decir se haya infringido”.

que, entendemos que implicaría la aplicación del art. 1291 C.c., con relación al art. 1293.1º C.c.

Por tanto, en el caso de que el heredero fuera demandado tendríamos que aplicar el art. 1077 C.c. Por lo que, no sería el cónyuge supérstite demandado, sino el heredero o legatario que se le han adjudicado los bienes, en perjuicio de los demás legitimarios por lo que estos obtendrían una menor cuota hereditaria. A tal efecto, la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰⁰² se pregunta: “¿Qué pasaría si no respetasen las legítimas de los descendientes no comunes? Al respecto, la autora, entiende que no se podría aplicar la nulidad radical o absoluta, porque el acto nulo es insubsanable y si los interesados están conformes con las actuaciones del cónyuge, y en este caso expresa el ejemplo que desean favorecer a un incapaz etc., y añade, podrán pasar por ellas (refiriéndose a las legítimas)”. En este caso, opinamos que si se podría aplicar, lo que expresa la autora siempre que estén los interesados de acuerdo, y se actúe para favorecer a una persona incapaz, por lo contrario nos tendríamos que ceñir a las normas del C.c., anteriormente mencionadas.

Nuestra conclusión, entendemos que es necesaria la rescisión, puesto que si no se respeta la actuación testamentaria del causante, como la delegación de la facultad conferida al cónyuge supérstite, mermaría así la legítima, y la cuota en la partición, pudiéndose verse afectado un legitimario discapacitado.

¹⁰⁰² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1143.

6.4.3. El plazo para ejercitar la facultad de mejorar y distribuir por el cónyuge supérstite

El plazo que tiene el cónyuge supérstite en cuanto que es delegatario del causante se contempla en el art. 831.1º.2º párr. C.c., analizando el precepto la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰⁰³ entiende sobre la frase: “si no se le hubiera conferido la facultad de hacerlo en “su propio testamento” no se entiende. Desde luego “su propio testamento” no puede ser el testamento del cónyuge facultado para atribuir y distribuir, porque no se puede conceder a sí mismo facultades para disponer sobre los bienes del otro cónyuge. Y si el otro cónyuge no le hubiera conferido la facultad en “su propio testamento”, el cónyuge sobreviviente no está facultado para atribuir y distribuir los bienes de la herencia del cónyuge difunto”. Por lo que, entendemos que el causante estableció un plazo en su testamento en el que concede la facultad al cónyuge supérstite.

Por tanto, el plazo que le confirió el causante¹⁰⁰⁴ al cónyuge supérstite que ejerza las facultades que le fueron conferidas en su testamento, sí el causante nombró a su cónyuge usufructuario universal (con la aplicación del art. 820.3º C.c.), su plazo será para toda la vida¹⁰⁰⁵, en este caso

¹⁰⁰³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1149.

¹⁰⁰⁴ Atendiendo al plazo, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., pps. 349-350, entiende: “El plazo lo establece el testador, por lo que, en principio, no es preciso que el fiduciario lo conozca, lo cual no obsta para la validez de la disposición”, en este caso entendemos que en el momento de la apertura testamentaria el cónyuge supérstite, tendrá conocimiento del plazo.

¹⁰⁰⁵ Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 258, sostiene: “o bien facultar al fiduciario

entendemos que es más beneficioso para la persona discapacitada, pues tiene toda la vida del cónyuge supérstite. Si por otro lado, señaló el causante en su testamento, puesto que tenemos que atenernos a la libertad de testar del causante, podría ser a largo o corto plazo. Por lo que, tenemos que ver si la validez de la fiducia que se ejercitó testamentariamente, si esta dentro del plazo, o, se podrá ejercitar por medio del acto “inter vivos” durante la vida del fiduciario¹⁰⁰⁶, o, puede ser extinguida por un nuevo testamento, aunque este dentro del plazo para ejercitarla.

Por otro lado, también puede ocurrir que el causante no confirió en su día la facultad al cónyuge supérstite para que ejerza el plazo en su testamento, o, no hubiese señalado el plazo en el testamento que realizó en su día para ejercer dicha facultad¹⁰⁰⁷, en éste caso el plazo será de dos años desde el momento de la apertura testamentaria, o, en el caso de la emancipación del último de los hijos comunes, lo que implica que el precepto intenta proteger a los menores, que pueden ser discapacitados.

Por otra parte, puede surgir el problema, delegando al cónyuge supérstite la facultad de distribuir y mejorar sólo respecto a determinados hijos. Al respecto, nuestra pregunta es, ¿estos hijos que son designados por el testador como elegibles para la mejora, han sido llamados por el causante

para ejercitar la fiducia por medio de un acto mortis causa como testamento o bien señalarle, como plazo para su ejercicio por actos inter vivos, el de su propia vida”.

¹⁰⁰⁶ En el acto “inter vivos” debemos ver si el plazo tiene plena validez.

¹⁰⁰⁷ Por lo que, el autor LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p. 349, entiende “sin expresión del tiempo”: “señala el plazo de dos años- el doble de tiempo previsto en la reforma de este artículo en 1981- pero con inicios distintos del cómputo según la hipótesis contemplada por el legislador de inexistencia o no de hijos menores en el momento del óbito del causante. Si no los hay el cómputo se inicia con la apertura de la sucesión y si los hay, presume la norma que la concesión de fiducia obedece a la presencia de los menores, entonces el plazo también de dos años cuenta a partir de la emancipación del último de ellos”.

al tercio de mejora igualitariamente? Al respecto, el autor LEÑA FERNÁNDEZ¹⁰⁰⁸ entiende: “la importancia de la voluntad del testador que se desprenda a los designados, depende del cumplimiento de determinadas condiciones o de comportamientos particulares con respecto al viudo u otros hijos y, expresa el ejemplo del disminuido”.

Por otro lado, nos preguntamos, ¿qué ocurriría si el cónyuge supérstite falleciera sin ejercitar su facultad conferida? En este precepto no se admite la sucesión intestada, atendiendo al art. 831.1º C.c., pues debemos atender a las interpretaciones del testamento, que es la voluntad del testador, si éste delegó la facultad de distribuir y mejorar entre los hijos comunes, sin especificar nada más, una vez fallecido el fiduciario que en su día no ejercitó la facultad conferida, se tendrá que dividir la herencia a partes iguales entre los hijos comunes, y si fijó en su día cuotas, tendrán que distribuirse los bienes, en relación a estas.

6.5. La facultad de partir del cónyuge supérstite

El cónyuge supérstite tiene la facultad de partir los bienes y derechos que integran la herencia. Por lo que, entendemos que la partición se realiza por medio del art. 831 C.c., con la aplicación analógica del art. 1056. 1º párr. C.c., puesto que no estará el cónyuge supérstite sujeto a los arts. 1061 y 1062 C.c., que contempla la partición por medio de los herederos, o, por el contador partidor, pero sí está sujeto a la que practicó el testador en su día. Por lo que, entendemos se aplicará el art. 1.057 último

¹⁰⁰⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 259.

párr. C.c. Por tanto, estaremos a la voluntad del testador aplicando la partición efectuada por éste, que está reflejado en el art. 831 C.c.

Atendiendo a la función que es otorgada al cónyuge supérstite, existen diferencias entre los autores para la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰⁰⁹ entiende: “que las facultades particionales del cónyuge viudo son superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador, pues puede utilizar bienes de la comunidad post-ganancial para conformar los lotes”.

Otros autores entienden que el cónyuge supérstite tiene las mismas facultades que el causante, de esta forma el autor ROCA GULLAMÓN¹⁰¹⁰ le conceptúa al cónyuge supérstite: “como un “particular ejecutor testamentario”, con la semejanza al causante, ya que puede distribuir desigualmente dos tercios de la herencia con el límite único de las legítimas, y admite el autor, que es el cónyuge delegado y en particular el art. 1077 C.c., de optar, como demandado, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda una nueva partición”.

A este respecto, nosotros entendemos que el cónyuge supérstite no es un albacea, y tiene facultades superiores al albacea, pero entendemos que ejerce las mismas funciones, como se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 9 de junio, núm. 597/1993 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez- Pardo) RJ 1993\4474, en su Fundamento de

¹⁰⁰⁹LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1134. MILLÁN SALAS, F., “*La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*”. Op. Cit., p. 419.: “que el cónyuge viudo tiene mayores facultades que las que le corresponde a un contador-partidor con aplicación de los arts. 1057, 1061 y 1056. 2ª C.c.”.

¹⁰¹⁰ ROCA GUILLAMÓN, J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003”. Op. Cit., p.4295.

Derecho Segundo, señala: “como subsiste la declaración de la Sala conforme a la cual el albacea tenía facultades de disposición y no era menester que los herederos intervinieran” ,y siguiendo adicionalmente la D.G.R.N. (Propiedad) Resolución 25 enero de 1990 RJ 1990\112, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “el albacea, como en todos los actos que acometa, “ha de ceñirse estrictamente a su función que no es otra que la ejecución del testamento”, y corroborándolo el autor GARRIDO DE PALMA¹⁰¹¹ que aporta: “sin duda es un encargo personalísimo”, refiriéndose a la partición por parte del cónyuge supérstite, puesto que es una facultad conferida por el causante en el testamento.

Al respecto, nuestra pregunta es, ¿puede ser un acto unilateral la liquidación de los bienes gananciales por parte del cónyuge supérstite? El art. 831.1º C.c., entiende que atribuye al cónyuge supérstite la facultad de atribuir los bienes de la sociedad ganancial que esta disuelta pero no liquidada, pudiéndola liquidar el cónyuge supérstite unilateralmente la sociedad conyugal, mediante la aplicación del art. 831.3º.3º párr. C.c., por lo que puede ejercer la facultad de pagar las disposiciones del causante junto con las legítimas de bienes que le pertenecen a él, en este caso pueden o no ser adjudicados en la liquidación de gananciales. Por lo que, la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰¹² entiende: “que puede ser excesivo, respecto a que este facultado el cónyuge supérstite, solitariamente la liquidación, puesto que confluirían las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales (extinta pero no liquidada) y representante de la sociedad de yacente y atiende al art. 831. 4º C.c., por otra parte añade, cuando se den

¹⁰¹¹GARRIDO DE PALMA, V. M., “Los nuevos artículos 831 y 1056, 2ª del Código Civil. Algunas aplicaciones”. Op. Cit., p. 2025.

¹⁰¹² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., pps. 1134-1135.

las circunstancias (sobre hijos no comunes) del art. 831. 4º C.c., sean hijos comunes tendrá que contar con éstos, si fueran mayores, para la liquidación de gananciales y las operaciones de partición hereditaria”.

Por tanto, si existen hijos menores, no puede proceder el cónyuge supérstite a la liquidación de la sociedad conyugal, ni proceder a la partición, puesto que es su representante legal, y, será necesario el nombramiento de un defensor judicial mediante la aplicación del art. 1057 C.c.

Nuestra conclusión es que la partición del cónyuge supérstite, es un acto personal, superior a la figura del albacea, aunque pueda realizar las mismas facultades, y que le confirió en su día el causante, solamente tendrá validez si se constata en documento público o testamentario, siempre que esta partición sea posterior a la concesión de la facultad de distribuir y de mejorar, aunque en la liquidación de la sociedad conyugal tendrá que atenderse a las circunstancias anteriormente mencionadas, que en estos casos no podrá realizar la liquidación por sí mismo e incluso la partición hereditaria.

6.6. Los impedimentos que puede tener el cónyuge supérstite cuando resulte ser declarado incapacitado judicial

Como habíamos mencionado anteriormente el cónyuge supérstite está facultado por el cónyuge fallecido para mejorar, según su disposición testamentaria. Esta facultad puede concederse recíprocamente, por si un cónyuge concedente premuere al otro (aunque no sea el cónyuge supérstite), o, puede ocurrir en el caso que el cónyuge fuese desheredado

(arts. 848, 849 y 855 C.c.), o, declarado indigno (art. 756 párrafos 1º,2º,3º,5º,6º,7º C.c.), o, incapacitado judicialmente (art. 200 C.c.).

Por lo que, no preguntamos, ¿qué ocurrirá si el cónyuge causante es declarado incapaz después de conferir la facultad al cónyuge supérstite? Ante esta situación si el cónyuge causante en el momento de realizar el testamento que confiere la facultad al cónyuge supérstite, no está incapacitado, será válido el testamento (mediante la aplicación analógica del art. 199 C.c.), por lo que el Notario debe apreciar su capacidad de testar, así lo confirma la Jurisprudencia en la S.T.S. 27 de enero, núm. 54/1998 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López) RJ 1998\394, en su Fundamento de Derecho Segundo: “la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz- lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante”. De esta forma, entendemos que se aplicará el art. 665 C.c., aplicándose el art. 831.1º. 2º párr. C.c., por lo que el cónyuge causante podrá conferir la delegación al cónyuge supérstite.

Por otra parte, si el cónyuge causante está incapacitado judicialmente después de realizar el testamento, se tendrá que respetar la resolución judicial, que decretará la disolución de la sociedad de gananciales mediante la aplicación del art. 1393.1º C.c., con la aplicación indirecta del art. 831.1º párr., final C.c., lo que implica que también no tendrá capacidad de testar, por lo que no se podrá modificar la facultad que le confiere al cónyuge supérstite, y, al mismo tiempo que éste sometido a tutela por el otro cónyuge, por tanto podrá ser el otro cónyuge quien tenga que realizar las actuaciones pertinentes mediante la aplicación del art. 234.2º C.c., con relación al art. 753 C.c.

7. LA EXENCIÓN DE LA COLACIÓN EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Es un elemento que garantiza la seguridad económica de las personas con discapacidad, protegiendo los intereses que concurren en la misma L.P.P.D. Al respecto, existen diferentes opiniones en la doctrina, en este sentido debemos mencionar a los autores, que estiman que la modificación del art.1041 C.c., no es muy significativa entre ellos cabe mencionar al autor LEÑA FERNÁNDEZ¹⁰¹³ que: “estima, en principio, no es de gran transcendencia el añadido de ese párrafo segundo cuyo contenido, de alguna forma podría entenderse incluido el párrafo primero (refiriéndose el autor al art. 1041C.c.)”.

En sentido opuesto, el precepto ofrece una gran amplitud generando así seguridad a las personas con discapacidad, como elemento protector de sus intereses a estos efectos podemos citar a los autores DIEZ PICAZO y GULLON¹⁰¹⁴ que entiende: “que es una norma que intenta favorecer a los discapacitados que dota de mayor amplitud al párrafo primero (refiriéndose

¹⁰¹³LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 225. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 130: “entiende que esta medida tiene menor amplitud que las otras medidas”. LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p.145.: “entiende que, en este caso, resultaba innecesaria la precisión pretendidamente ampliativa del actual párrafo primero del artículo, pues deficiencias físicas y síquicas no dejan de ser enfermedades, por muy permanentes que sean, requieren una concepción amplia de todos los gastos contemplados en este párrafo primero del art. 1041 C.c.”.

¹⁰¹⁴DIEZ -PICAZO y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 529.

al art. 1041 C.c.), porque no sólo se refiere a la educación, enfermedad y aprendizaje, sino todos los gastos necesarios”.

Por lo visto, la doctrina no llega a una conclusión unánime sobre la efectividad del precepto, pero si estamos de acuerdo que el art. 1041 C.c., tendría que haber tenido mayor amplitud, puesto que la mayoría de los autores entienden que en el art. 1041.1º C.c., se entiende incluido el 2º párrafo del citado precepto, nosotros entendemos que el art. 1041.2º C.c., especifica que personas no están incluidas en la colación puesto que son “necesidades especiales”, lo cierto es que su función jurídica es la de proteger a las personas con discapacidad.

7.1. El concepto de la exención de la colación

La dispensa o la exención de colación es aquel negocio jurídico en virtud del cual el donante exonera al donatario de la obligación de traer a la masa lo que recibió del difunto por donación, en este sentido es una liberalidad, por la sencilla razón que el donatario se le dispensa de la obligación de aportar el donatum al relictum, como considera el autor DE LOS MOZOS¹⁰¹⁵: “atendiendo a la Sentencia de 31 de diciembre de 1908, considera que no son colacionables los gastos extraordinarios que hacen los padres de los hijos, puesto que el padre ha querido favorecer a su hijo por acto de mera liberalidad, pues entiende que los gastos de esta naturaleza se consideran no colacionables”. Por tanto, implica en la regla general que es una obligación de los legitimarios que tienen que colacionar todo lo que

¹⁰¹⁵ DE LOS MOZOS, J. L., (1965). *La colacion*. Madrid: Revista de Derecho Privado, pps. 249-250.

hubieran recibido en vida del causante a título de lucro atendiendo al art. 1035 C.c., mediante el favorecimiento del principio de igualdad entre todos los coherederos en el momento de la partición hereditaria¹⁰¹⁶, salvo que el causante haya eximido de ello expresamente¹⁰¹⁷, y, se presume en relación al art. 1037 C.c.,¹⁰¹⁸ en este sentido la exención de la colación sólo puede mejorar a un legitimario, por lo que no puede aplicarse a la legítima estricta.

Por lo que, en la dispensa de la colación el autor LEÑA FERNÁNDEZ¹⁰¹⁹ entiende: “que está claro pese a la dispensa de colación por el causante, la computación de donaciones y gastos efectuados por el causante durante su vida (el autor atiende a las personas con discapacidad hijos o descendientes art. 1041.2º C.c.), habrá que realizarse, para

¹⁰¹⁶ Como entiende el autor DE LOS MOZOS, J. L., *La colacion*. Op. Cit, p. 124.: “La colación consiste en traer a la masa hereditaria, en el supuesto en que se aplica (entre hermanos forzosos), lo donado “pro haereditariis portionibus dividenda”, es decir, para computarlo en la cuenta de la partición conforme a sus respectivas cuotas, y añade, la igualación de que la colación trata se manifiesta únicamente respecto de cada cuota, en ellas no entre ellas”, y siguiendo adicionalmente la Jurisprudencia en la S.T.S. 19 de julio 1982 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) RJ 1982\4256, en su Considerando Tercero, señala: “Por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, y añade, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del art. 1036 del mismo C. Civ.”

¹⁰¹⁷ En este sentido, la Jurisprudencia en la S.T.S. 19 de julio 1982 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) RJ 1982\4256, en su Considerando Tercero, señala: “en tanto que el causante no dispense de ella, y se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del art. 1036 del mismo C. Civ.”

¹⁰¹⁸ Por tanto, como aclara el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 507.: “Estos bienes o valores recibidos en vida, a título gratuito, que hay que colacionar (aunque puede dispensarse), no deben afectar a la legítima de los restantes herederos forzosos, porque la dispensa de colación, hay que traer el valor de lo donado”.

¹⁰¹⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 229.

determinar la cuantía de las legítimas por los efectos de su posible perjuicio, y añade, hay que entender que lo particular se impone a lo general”.

Por otra parte, entendemos que en la dispensa de la colación, se excluye el supuesto de inoficiosidad o perjuicio de las legítimas, a diferencia de lo que expresan los arts. 1039, 1040 y 1041 C.c., a no ser que el C.c., exprese lo contrario como señala el art. 1042 C.c.

Pues, como entiende la autora DÍAZ ALABART¹⁰²⁰: “la doctrina es pacífica en considerar que el art. 1041 C.c. no es una excepción a la regla general de obligación de colacionar¹⁰²¹, porque ésta se aplica a las liberalidades que el causante hubiera hecho en su vida, mientras que los gastos relacionados en dicho precepto no son liberalidades, sino proceden del cumplimiento de la obligación de facilitar alimentos, bien por razón de la minoría de edad del alimentista o de su estado de necesidad”.

En sentido opuesto, podemos citar al autor BUSTOS LAGO¹⁰²² que aporta: “entendiendo que la razón de ser de este precepto, es la de excluir de la colación determinados gastos que constituyen bien una prestación de alimentos incluyendo aquí las necesidades especiales de los hijos discapacitados, bien por liberalidades de uso”. Por lo que, entendemos que se mantiene de esta forma una raíz histórica¹⁰²³, como incide el autor

¹⁰²⁰ DÍAZ ALABART, S., (2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”. Op. Cit., pps. 315- 316.

¹⁰²¹ Al respecto, el autor DE LOS MOZOS, J. L., *La colacion*. Op. Cit, p. 250 entiende: “del tenor de artículo 1.041 C.c., se deduce claramente que no están sujetos a colación”.

¹⁰²² BUSTOS LAGO, J. M., “Código Civil”. Op. Cit., p. 337.

¹⁰²³ Pronunciándose al respecto, el autor SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 511.: “En el

LACRUZ BERDEJO¹⁰²⁴: “la reforma pretende clarificar el alcance material del contenido histórico del precepto que se reforma para el caso de discapacidad para uno o varios legitimarios y sin duda lo logra”.

En otro orden de cosas, sobre las funciones de la colación el autor LEÑA FERNÁNDEZ¹⁰²⁵: “entiende que los gastos a que se refiere el art. 1041 C.c., ni se computarán a efectos de cálculo de las legítimas (y por tanto no se imputarán a ningún tercio hereditario) ni habrá que traerlos a la masa hereditaria a efectos de partición, esos gastos realizados durante la vida del causante no van a formar parte de la herencia (relictum mas donatum)”.

Por otro lado, la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰²⁶ se pregunta: “si la exención de colación significa imputación al tercio de libre disposición o exención de cómputo para el cálculo de las legítimas, y manifiesta en cuyo caso el incapaz podría recibir integra su legítima estricta, el tercio de

proyecto de García Goyena se exceptuaba la colación de donaciones que se hacen como consecuencia de deberes que se consideran inherentes a la paternidad”.

¹⁰²⁴LACRUZ BERDEJO, J. L., (2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p.145. DÍAZ PARDO, G., (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*.(1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley, p. 517, entiende: “que el art. 1041C.c., siguiendo la regla incorporada a nuestro Derecho en la época de Las Partidas no sujeta a colación determinados gastos(los denominados ad emendam militam); los relativos a la educación, alimentos, curación de enfermedades (aunque sean extraordinarias), aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre”.

¹⁰²⁵LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 230. De la misma forma, pero con ciertos matices LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1138.: “los gastos exentos de colación del artículo 1041C.c., no son computables a efectos del cálculo de las legítimas, y añade, y por tanto no son imputables a alguno de los tercios suponen una atribución extraordinaria que no podrá considerarse inoficiosa, siempre que tales gastos sean previstos en el precepto”. Por nuestra parte entendemos que no serán imputables a ningún tercio hereditario.

¹⁰²⁶LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1138.

mejora y el tercio de libre disposición, sin imputación a ninguno de los gastos”.

Nuestra opinión sobre la excepción en la colación no es una excepción normal, sino que favorece a las personas con discapacidad, aunque la doctrina mencione que no son meras liberalidades, pues los gastos que se han producido por las necesidades de la persona discapacitada, o, incapacitada judicial discapacitada, aunque se produzca una cierta desigualdad sobre los demás legitimarios, esta exclusión obedece al cumplimiento de los deberes impuestos por la relación jurídico familiar.

7.2. Las personas que pueden acceder a la exención en la colación

Atendiendo al art. 13 de la L.P.P.D., que señala: “La referencia que a las personas con discapacidad se realiza en, artículo 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esta finalidad”. Por lo que, implica que para acogerse a la exención nos tenemos que remitir al art. 2.2º de la L.P.P.D., que señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100” y su apartado 3º del precepto señala: “El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial”. Por tanto, para nosotros implica que el concepto queda delimitado, y en su tenor literal no se exige

que el destinatario del precepto el discapacitado sea a su vez incapacitado judicial, como lo constata la autora DÍAZ PARDO¹⁰²⁷: “entendiendo que no es suficiente la incapacitación judicial, si esa minusvalía a la que hace referencia el art. 2.2 de Ley 41/2003 no concurriese a su vez, pues esta norma se destina a los discapacitados, no a los incapacitados”.

Otros autores entre ellos, la autora PEREÑA VICENTE¹⁰²⁸ señala: “no está de acuerdo sobre la desunión que se realiza en la L.P.P.D., de los conceptos de discapacidad e incapacidad, considerando la autora que podrían admitirse la equiparación entre incapacitado judicial, no discapacitado y discapacitado de dispensa de colación a efectos particulares y generales, resultando de difícil aplicación el art. 813 C.c., con el resultado si podría favorecer al incapacitado”. Lo cierto, es como anteriormente habíamos visto existen sentencias que al mismo tiempo, a la persona incapacitada judicial se le puede conceder el grado de discapacidad, por el órgano juzgador¹⁰²⁹, o, mediante su declaración de minusvalía y su incapacitación¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ DÍAZ PARDO, G., “El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil”. Op. Cit., p. 523.

¹⁰²⁸ PEREÑA VICENTE, M., (2004). “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”. Actualidad Civil núm. 15 septiembre, pps. 1760- 1762.

¹⁰²⁹ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Valencia de 17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\ 2239, en su Fundamento de Derecho Primero, señala: “ al declarar la incapacitación parcial del demandado y su sujeción a la curatela, es más adecuada a la deficiencia que padece, calificada por la señora médico-forense de trastorno desarrollado por encefalopatía de etiología no filiada, que ha motivado el reconocimiento al demandado de un grado de minusvalía del 52%; los actos jurídicos con trascendencia reconocimiento patrimonial para los que será necesario el complemento de capacidad del curador”.

¹⁰³⁰ Al respecto, cabe citar la S.A.P. Álava 13 de mayo, núm. 183/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Iñigo Madaria Azcoitia) AC 2009\1541, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala: “ La sentencia destaca la edad de la Sra., y hace una valoración de pruebas caligráficas, que si reflejan discordancias, sí embargo, con independencia de la fecha, si se muestra la existencia de un progresivo deterioro mental de la Sra., razonablemente de los antecedentes médicos, la existencia de un deterioro mental que ya en la

Por otra parte, como ya hicimos mención con anterioridad que muchas familias no se atreven a incapacitar a una persona discapacitada, pues en este sentido tendría mayor seguridad respecto a sus actos en la vida cotidiana, y no le afectaría en absoluto la L.P.P.D., ni su articulado como señala (E.M.II.) de la L.P.P.D.: “Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por uno de los determinados grados de minusvalía y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacidad judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil”. Puesto que para la aplicación de la L.P.P.D., es necesaria la discapacidad aunque la persona esta incapacitada judicial, pues al respecto cabe citar la S.A.P. Valladolid 1 de junio, núm. 121/2007 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso- Mañero Pardal) JUR 2007\294254, en sus Razonamientos Jurídicos Segundo, señala: “no cabe confundir discapacidad en términos sociales con incapacidad judicial porque la inmensa mayoría de las personas discapacitadas o con un grado de minusvalía no están incapacitadas judicialmente”.

Nuestra conclusión, al respecto estamos en desacuerdo ante la desvinculación del concepto de discapacitado con el concepto de

fecha significada en el documento determina la incapacidad para prestar consentimiento. Destaca la existencia de un informe médico en el cual ya por el año 1995 se refleja en un TAC que revela la atrofia cortico- subcortical y un área hipodensa cerebelosa izquierda en probable relación ACV, con tratamiento medicamentoso para el riesgo. Asimismo en un informe de mayo de 2003 consta que en el año 1994 fue diagnosticada demencia vascular. Asimismo en el año 1999 consta que fue valorada por deterioro mental cognitivo y s. delirante fluctuante, constando demencia moderada, siendo dependiente y no estando capacitada para resolver problemas de la vida diaria, tomar decisiones etc. Uniéndose otros informes de valoración y la efectiva existencia de tratamientos con medicamentos para prevenir la falta de memoria y si bien en el año 1996 consta que era autónoma, también se valoraron episodios de desorientación, incoherencias y deterioro de la memoria, todo valorándose en el año 2001 cuando se reconoció una minusvalía del 88% y concluyó con la declaración de incapacidad”.

incapacitado judicial. Por lo que, se debería proteger en la L.P.P.D., al incapacitado judicial y no solamente al discapacitado aunque a su vez sea incapacitado judicial, por lo que debería unificarse la concepción de las dos figuras jurídicas, con la posibilidad de que pueda modificarse legislativamente.

7.3. Las personas que están obligadas a prestar estas “necesidades especiales” y sus efectos en relación con el artículo 1041 del Código civil

Como hemos visto la persona tiene que tener un grado de discapacidad reconocido, para la aplicación del art. 1041. 2º C.c.¹⁰³¹

Por lo que, la intención del legislador es muy clara en la (E. M. VII e) de la L.P.P.D., al señalar: “a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”. Por tanto, para nosotros implica que son “necesidades especiales” de la persona con discapacidad, puesto que son deberes legales de la relación jurídico familiar, de esta forma el nuevo párr. 2º del art. 1041 C.c., son los padres, y ascendientes para las necesidades con hijos y descendientes con discapacidad¹⁰³². Al respecto, también podemos incluir a los hijos o descendientes comunes y no

¹⁰³¹ Puesto que el estudio que tratamos es sobre la persona discapacitada, en el caso que no hubiera ninguna persona con discapacidad no se aplicaría el art. 1041 C.c. Por tanto, no se aplicaría la exención de la colación.

¹⁰³² Al respecto, la autora CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., p. 130, aporta: “los gastos dispensados de colación son únicamente los realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes discapacitados”.

comunes puesto que el art. 1041.2º párr. C.c., no lo especifica, pues como menciona la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰³³: “como a los descendientes no comunes por ejemplo hijos de otra relación conyugal, los que tienen la dispensa de la colación”. Puesto que, pensamos que el legislador en este sentido protegió a los hijos o descendientes discapacitados, tanto de una relación común, como de una relación no común, a todo esto nos parece un gran avance de los hijos o descendientes que tienen una necesidad especial a causa de su discapacidad.

Por otra parte, el legislador se olvidó, de ciertas personas que también estando discapacitadas, tienen esta necesidad especial como los abuelos que pueden padecen una enfermedad degenerativa como alzhéimer y tienen una discapacidad o el mismo cónyuge que por un accidente de tráfico puede tener una discapacidad, puesto que nuestra postura está a favor del derecho a la no colación de estas personas con discapacidad, al respecto existe algún autor que corrobora nuestra postura es el caso de autora DÍAZ ALABART¹⁰³⁴ aporta que: “ la Ley 41/2003 olvidó otros legitimarios, que también pueden ser personas con discapacidad en este sentido no se entiende bien por qué no se ha extendido la no colacionabilidad de los gastos para cubrir las necesidades de los discapacitados, cuando son cónyuges o ascendientes del causante”.

¹⁰³³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1138.

¹⁰³⁴ DÍAZ ALABART, S., (2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”. Op. Cit., pps. 318-319. Por lo que, LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 225, se pregunta: “¿por qué, se limita el beneficio de la no colación en el art. 1041. 2º al cónyuge discapacitado siendo que su otro cónyuge sufragó los gastos originados por la atención a las “necesidades especiales” y a los ascendientes discapacitados?. Al respecto, el autor se remite al art. 13 de la L.P.P.D., sobre la aplicación de la discapacidad”. Respecto a nosotros pensamos que el legislador, habría que haber atendiendo al art. 14 C.E.

Por otro lado, puede darse el caso que una persona que no tienen patria potestad sobre ella (pero sí tutores o curadores en caso de incapacidad total o parcial), pero sí puede estar afectada por una discapacidad comprendida en el art. 2.2º de la L.P.P.D.¹⁰³⁵, si tendría derecho a lo comprende el art. 1041 C.c., dentro de lo que corresponden sus “necesidades especiales”. A tal efecto, debemos analizar que se entiende por “necesidades especiales”, el autor LEÑA FERNANDEZ¹⁰³⁶ entiende: “por “necesidades especiales” que precise el discapacitado por su particular condición, (comprenden alimentos, educación, curación de enfermedades), lo que para el autor no entraría en el concepto sería el gasto que se puede ver de manera clara en el art. 1041.1º párr., C.c., y, sí en el segundo, que sería el derivado del pago a terceros que cuidan al discapacitado, ya sea particularmente ya sea como pago a un establecimiento especial”.

Asimismo el concepto de “necesidades especiales”, parte de la doctrina lo considera como “gastos excepcionales”, en este sentido lo entiende la autora DÍAZ PARDO¹⁰³⁷: “las “necesidades especiales”, que expresa el legislador, se tienen que denominarse gastos excepcionales¹⁰³⁸,

¹⁰³⁵ Art. 2.2º de la L.P.P.D., señala: “A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100”.

¹⁰³⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., pps. 226- 227.

¹⁰³⁷ DÍAZ PARDO, G., “El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil”. Op. Cit., p. 532.

¹⁰³⁸ Al respecto, la autora DÍAZ ALABART, S., (2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación*, p. 29, los denomina: “gastos extraordinarios o gastos especiales”, atendiendo que pueden ser gastos mayores que una persona sin discapacidad, porque es evidente que discapacidad puede asimilarse a enfermedad, la autora incluye en estos gastos extraordinarios o especiales” a los incluidos en el art. 1041.1º C.c. DÍAZ ALABART, S., (2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de

necesarios para la persona como consecuencia de su discapacidad, añadiendo que son necesidades básicas requeridas por la persona discapacitada y expone el ejemplo de los alimentos, quedando excluidos el contratar un profesor especializado en función de la discapacidad que padece a fin de fomentar su formación intelectual, con exclusión de la colación por la aplicación del art. 1041.1º C.c.”¹⁰³⁹. Por lo que, será de aplicación el art. 1042 C.c., y atendiendo al art. 1041.1º C.c., se excluirían las necesidades que no son propiamente “necesidades especiales”, dado que esto mermaría el patrimonio del causante, con la incorporación del art. 1041.2º C.c., puesto que afectaría a los otros legitimarios.

Por otra parte, puede darse el caso que el discapacitado no necesite de las “necesidades especiales”, por tener un patrimonio suficiente para sus “necesidades especiales”, con asunción del gasto que necesite, en este caso se tendrá que estar en cierto modo atento al desembolso patrimonial que realicen sus padres o ascendientes, pudiéndose exceder como contempla el art. 1041 C.c., y pasaría a ser una simple liberalidad, pues en este caso no se aplicará este precepto.

habitación”. Op. Cit., 318, los considera: “que no son gastos especiales sino ordinarios, por circunstancias de la discapacidad”, que puede unirse a la enfermedad, en nuestra opinión son gastos especiales, pues hay personas enfermas que tienen el grado de discapacidad del art. 2.2º de la L.P.P.D., y también precisan de gastos especiales, por motivos de su enfermedad, puede ser el caso de una persona que tengan el 65 por ciento de una minusvalía física o sensorial, y que padezca artrosis, sea diabético y además tenga diversas hernias discales.

¹⁰³⁹ En este sentido, cabe mencionar la S.T.S. 15 de noviembre 1989 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel González Alegre y Bernardo) RJ 1989\7886, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “denuncia la infracción del artículo 1041 del Código Civil y aunque la iniciación del razonamiento de éste se presenta con cierto confusionismo parece presente el recurrente es que los gastos de la carrera de Derecho que se deducen por la sentencia, se equiparen a los de la enseñanza, de dicho precepto, ante lo que no serían colacionables pero dada la explícita referencia que a esta cuestión hace el artículo 1942 de que no traerán a colación”.

Por otro lado, puede darse el caso del ascendiente, la abuela fuese la que costeara las “necesidades especiales” de su nieto con discapacidad, que en el momento en que se realizará el gasto no es legitimario, porque aun vive su padre, y con posterioridad el hijo premuriera, el nieto discapacitado sería el que heredaría en representación del padre, por lo que no tendría que colacionar, ya que lo que importa son los efectos del art. 1041C.c., puesto que en este momento fue cuando se realizó el gasto, en este caso tendríamos que saber, si a la muerte del causante (la abuela), el nieto era legitimario.

Nuestra conclusión, fue que el legislador, consiguió en la figura de la persona con discapacidad, facilitar la vida respecto a sus gastos, como legitimario y de esta forma potenciar sus distintas “necesidades especiales”.

Por otro lado, entendemos que el legislador olvido la figura del cónyuge y ascendientes con discapacidad del causante. Por tanto, podría subsanarse legislativamente.

7.4. La influencia de la colación en el patrimonio protegido

Desde el sentido literal de la L.P.P.D., en su (E.M. VII e) señala: “entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad”. Desde nuestro punto de vista, entendemos que para constituir un P.P., para los hijos o descendientes discapacitados, se deben de reunir dos requisitos: 1º sería “cualquier disposición patrimonial”, ante todo su contenido patrimonial puede ser muy amplio, y, el 2º sería “para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad”, a

esto tenemos que remitirnos al art. 1.1º de la L.P.P.D., in fine que señala: “a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares” con unión de la (E.M. I) de la L.P.P.D., párr. 4 in fine que señala: “suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos (discapacitados)”, lo que afectará a unos bienes determinados del P.P., una vez esté constituido, siempre que se atienda a las “las necesidades vitales” de los discapacitados, cuya finalidad persigue la L.P.P.D.

Lo cierto es que la primera frase de la (E.M. VII e) de la L.P.P.D., señala: “cualquier disposición patrimonial”, pues existen diferencias con respecto al concepto “gastos realizados” de la misma norma. En este sentido, es evidente que el concepto “gastos realizados” de la (E.M. VII e) de la L.P.P.D., restringe el supuesto presente, los bienes o dinero gastados en el momento, y así los gastos de futuro, lo que sería imposible la aplicación del art. 1041. 2º C.c., al supuesto mencionado del P.P.

Por otra parte, la (E.M. VII e) de la L.P.P.D., señala: “gastos realizados, en cualquier disposición patrimonial para cubrir las necesidades especiales”, se podría unir como no colacionables, solamente los bienes que integran el P.P., y que hubiese gastado en vida del causante¹⁰⁴⁰, de esta forma los bienes que hubiesen salido del P.P., para cubrir o satisfacer las “necesidades especiales” de la persona con discapacidad. Por otro lado, entendemos que no serían colacionables los bienes que hubiesen quedado dentro del P.P., al fallecer el causante.

¹⁰⁴⁰Al respecto, la autora DÍAZ ALABART, S., (2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”. Op. Cit., 318., entiende: “pues tratándose de un discapacitado los gastos para la educación, alimentos, curación de enfermedades etc.”, lo que implicaría que estos “gastos especiales” saldrían del P.P., en vida del causante y serían colacionables.

Nuestra conclusión en este caso, es que todos los bienes o dinero que salgan del P.P., en vida del causante para las “necesidades especiales” de la persona con discapacidad, serán colacionables.

8. LA EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA

Sería una forma de extinción de la fiducia, por la muerte del cónyuge supérstite, cuando no tienen hijos o descendientes comunes, o, que hayan fallecido los dos cónyuges sin dejar descendencia, del mismo modo se aplicará a la pareja de hecho.

Otra forma de extinción, sería por la muerte del cónyuge o la pareja de hecho supérstite sin ejercer la facultad que le fue conferida por el causante, ya que es un derecho personalísimo, conferido por medio testatorio¹⁰⁴¹, y, por otro lado también se extinguirá una vez hubiese ejercido dicho poder que le concede el causante al cónyuge supérstite. Por lo que, esta facultad de concesión al cónyuge o a la pareja de hecho será mediante testamento, como aporta, el autor RUBIO TORRANO¹⁰⁴²: “el testamento es un acto personalísimo y se remite el autor al art. 670 C.c.”, y siguiendo adicionalmente se pronuncia la Jurisprudencia en la S.T.S. 14 de abril, núm. 289/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’callaghan Muñoz) RJ 2011\2753, en su Fundamento de Derecho

¹⁰⁴¹LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 271, entiende que: “Hay que estimar como nacimiento de la fiducia, a estos efectos, no el del fallecimiento del fiduciante sino el del otorgamiento del testamento”.

¹⁰⁴² RUBIO TORRANO, E., *Objeto de la sustitución ejemplar y carácter personalísimo del testamento*. Op. Cit., p.1.

Primero, que señala: “artículo 670 del Código civil que proclama con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941”.

Por otra parte, debemos de tener presente otras causas de extinción de la fiducia atendiendo al art. 831.5º C.c., por lo que cabe mencionar la S.T.S.J. Aragón 24 de mayo, núm.6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “el nombramiento de fiduciario quedará sin efecto por sentencia firme de nulidad, divorcio o separación”, y siguiendo adicionalmente el autor LEÑA FERNANDEZ¹⁰⁴³ entiende que: “el matrimonio del fiduciante y fiduciario puede estar roto legalmente (por divorcio o nulidad) o bien haber recaído sentencia de separación judicial, o bien estar en una situación de separación de hecho”. Por lo que, entendemos que al no existir ningún vínculo del concedente tanto matrimonial, o extramatrimonial, con el ex cónyuge fiduciario o la pareja de hecho queda totalmente extinguida la fiducia.

Por otro lado, si el fiduciario supérstite, contrae nuevas nupcias, o, constituye una pareja estable con otra persona, o, tiene un hijo de esta relación, se extinguirá la fiducia mediante la aplicación del art. 831.5º C.c., incluyendo a las parejas de hecho¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 270.

¹⁰⁴⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 268, respecto a esta causa de extinción entiende: “Estimo que hay que inclinarse por la contestación negativa, y ello porque la limitación de nuevas nupcias, su sustrato es más profundo, cual es, la pérdida de confianza que esas nuevas nupcias provocan para el legislador”.

Otra cuestión sería, ¿sí la persona fiduciaria que no es cónyuge o pareja de hecho tiene un hijo en común, y a posteriori tiene un hijo no común o adoptivo? Ante esta cuestión el autor LEÑA FERNANDEZ¹⁰⁴⁵ aporta: “el fiduciario, no cónyuge del fiduciante con descendencia común con él, tenga un hijo común “después” y un hijo no común (por naturaleza y adopción) con otra persona, aplicando el art. 831.6 C.c., y consecuentemente con la aplicación del mismo precepto en su párrafo 5, se extinguirá la fiducia”. Por lo que, si el causante en el primer caso, no estuviera casado con el fiduciario, y sí con otra persona, en este caso no podrían existir dos fiduciarios al mismo tiempo pues no lo contempla el art. 831 C.c., en segundo caso la existencia de hijos no comunes, según el autor, “se atiende si el propósito es hacer posible un especial “beneficio” para los hijos comunes”.

Por otra parte, puede extinguirse la fiducia atendiendo a la voluntad del ex cónyuge, como se pronuncia la S.T.S.J. Aragón 24 de mayo, núm.6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “En cuanto a la primera de dichas cuestiones, según el cual “el cónyuge que contraiga nuevas nupcias pierde la condición de fiduciario, salvo disposición expresa del causante”. Por lo que, podemos entender en el precepto del art. 831.5º C.c., es una “conditio iuris”, puesto que afectará al cónyuge que contraiga nuevas nupcias, o, una nueva pareja de hecho, “salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa”, y siguiendo adicionalmente el autor, ROCA GULLAMÓN¹⁰⁴⁶ entiende: “la facultad de

¹⁰⁴⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., pps. 270-271.

¹⁰⁴⁶ ROCA GUILLAMÓN, J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003”. Op. Cit., p.4287.

mejorar no puede ser ejercitada por quién dejó de estar unido por un vínculo matrimonial disuelto por divorcio o declarado nulo, pues ya no lo es”. En este caso, nos preguntamos, ¿qué ocurre si al otorgamiento del testamento se hubiese interpuesto la demanda de divorcio y después se reconcilian? En este supuesto tendríamos que aplicar el art. 88 C.c., extinguiéndose la acción de divorcio, y, después pasarán a ser parejas de hecho. El autor sigue expresando: “lo que sin embargo, no ocurre con el simplemente separado, en cuya circunstancia, en rigor, se sigue siendo cónyuge, en tanto subsista el vínculo, y añade, la base de recíproca confianza en la que sin duda, ha de entenderse que se toma la decisión de otorgar esta delegación”. Por lo que, el fiduciante podría conceder otra facultad a la pareja de hecho mediante acto testatorio, por tanto como inicialmente mocionábamos es muy importante la facultad que tiene el fiduciante en la extinción de la fiducia, como se pronuncia la S.T.S.J. Aragón 24 de mayo, núm.6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “salvo disposición expresa del causante”, y siguiendo adicionalmente el autor MILLÁN SALAS¹⁰⁴⁷ aporta: “el hecho de producirse alguna de las circunstancias que menciona el apartado 5 del artículo 831 implica, desde ese momento la pérdida de la confianza necesaria para el ejercicio de la facultad y extingue definitivamente la facultad concedida, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa”. Por lo que, creemos que sería una causa para que se extinguiera la fiducia, puesto que el cónyuge supérstite podría estar influenciado por la posterior relación, puesto que es la falta de confianza que hubiera tenido el causante.

¹⁰⁴⁷ MILLÁN SALAS, F., “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 415.

Por otro lado ante la no existencia de disposición expresa del fiduciante, la autora BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰⁴⁸ entiende: “en la relación a los cónyuges no deben de estar separados ni de hecho ni judicialmente, y sostiene que el precepto se refiere a una pareja de hecho que no esté separada en el momento de la muerte de uno de los miembros”. Por lo que, entendemos que implicaría sí se extingue mediante divorcio o separación y luego son pareja de hecho, y se separan en el momento de la muerte del causante, será ineficaz la fiducia.

Otra de las causas, que produciría la extinción sería la desheredación e indignidad para suceder del cónyuge supérstite, en este sentido cabe mencionar la S.T.S.J. Aragón 24 de mayo, núm.6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435, en su Fundamento de Derecho Segundo, que señala: “merece especial consideración determinar si ciertas conductas dan lugar a la pérdida de condición de fiduciario, cuestión que merece una respuesta afirmativa; así sucederá en caso de incurrir el fiduciario, para con el causante, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder”, y siguiendo adicionalmente el autor MILLÁN SALAS¹⁰⁴⁹ entiende: “el cónyuge sobreviviente pierde la facultad conferida cuando ha sido justamente desheredado por el cónyuge otorgante, igualmente la pierden el cónyuge o la pareja de hecho sobreviviente”.

A todo esto cabe señalar el concepto de desheredación, que el autor LACRUZ BERDEJO¹⁰⁵⁰ la define: “es la declaración expresa de un

¹⁰⁴⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”. Op. Cit., p. 1152.

¹⁰⁴⁹ MILLÁN SALAS, F., “*La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*”. Op. Cit., p. 432.

¹⁰⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L.,(2009). *Elementos de Derecho Civil V*. Op. Cit., p.408.

testador, de privar al legitimario (en este caso el cónyuge sobreviviente o pareja de hecho) de participar en su herencia, especificando que lo hace por haber incurrido éste en alguna de las causas taxativamente previstas por la ley: todas ellas, infracciones graves contra la esfera moral o física”. Por lo que, entendemos que se aplicará el art. 848 C.c., con relación al art. 855 C.c., remitiéndonos al art. 756. 2º, 3º, 5º, 6º C.c., y siguiendo en el concepto de desheredación cabe preguntarnos, ¿que mecanismos se tienen que utilizar para que sea eficaz la desheredación? Al respecto, los autores DÍEZ-PICAZO y GULLON¹⁰⁵¹ entienden: “La desheredación ha de hacerse en testamento, con la expresión de la causa que se funde, que no puede ser otra que la señalada en la ley”, y siguiendo adicionalmente se pronunció la Jurisprudencia en la S.T.S. 15 de junio 1990 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo) RJ1990\4760, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “Su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador”.

Respecto a las causas de desheredación del cónyuge supérstite nos podemos remitir a la S.T.S. 25 de septiembre, núm. 881/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única) (Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) RJ 2003\6442, en su Fundamento de Derecho Primero Único, señala: “Procede examinar si se da el supuesto legal de desheredación previsto en el número 1º del artículo 855, que contempla el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. No obstante, respetando el “factum” que se establece como demostrado, quedaron acreditadas que las relaciones del matrimonio no eran buenas, pero esto no es relevante a efectos de concurrir incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales y sí ha de

¹⁰⁵¹ DIEZ -PICAZO y GULLON, A., (2006). *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 447.

tenerse en cuenta que se sentó como demostrado que la demandante regresó a España en el año 1992, dejando a su marido en Venezuela, el que sufría una grave enfermedad diagnosticada como cáncer maligno, que precisó de dos intervenciones quirúrgicas practicadas el 31 de mayo de 1993 y mayo de 1994, regresando posteriormente a España donde falleció en casa de sus hijos el 29 de enero de 1995. Dicha enfermedad hubo de afrontarla solo el referido testador y no consta acreditado que la esposa se hubiera trasladado a Venezuela en algún momento”. Por tanto, consideramos que es necesaria la desheredación, cuando el cónyuge o su pareja de hecho, no atiende a las necesidades del causante por parte del cónyuge fiduciario, por lo que quedaría extinguida la fiducia.

Por otra parte, también es causa de extinción de la fiducia, cuando el cónyuge supérstite, hubiese sido declarado indigno por el causante. Por lo que, consideran indigno para suceder los autores DÍEZ- PICAZO y GULLON¹⁰⁵²: “quien, frente al causante de una herencia a la que es llamado, realiza ciertos y determinados actos que merecen la censura de la Ley”. Por tanto, entendemos en este caso el cónyuge o pareja de hecho que no prestó en su día las atenciones debidas al causante como señala el autor MILLÁN SALAS¹⁰⁵³: “igualmente la pierden el cónyuge o la pareja sobreviviente cuando han sido declarados indignos de suceder al cónyuge otorgante de la facultad”.

Por tanto, constituye una sanción civil que tiene relación con la sanción penal la falta de una función por parte del cónyuge de un derecho que ha sido violado y no tiene como reintegrarlo, y no está tipificado como

¹⁰⁵² DIEZ -PICAZO y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil IV*. Op. Cit., p. 305.

¹⁰⁵³ MILLÁN SALAS, F., “*La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*”. Op. Cit., p. 432.

delito o falta, por los hechos producidos, pero si se aplicará el art. 756. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º C.c., en el punto 7º del citado precepto, puede ser que el cónyuge supérstite no hubiera prestado las atenciones debidas si el causante fuese discapacitado, pero no incapacitado judicial, por lo que puede realizar testamento el causante. Por lo que, el cónyuge o la pareja de hecho, sino prestó en su día las atenciones debidas al causante será declarado indigno en la sucesión testamentaria, y por tanto se extinguirá la fiducia.

Por otro lado, si el cónyuge supérstite no ejerciera la facultad conferida por el causante, en este caso se extinguiría la fiducia y pasaría a la distribución de los bienes, de acuerdo con la interpretación testamentaria, de esta forma se pronuncia la S.A.P. Huesca 25 de abril, núm. 95/2006 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma) JUR 2006\159067, en su Fundamento de Derecho Segundo, al señalar: “cuando expira el plazo establecido en la ejecución fiduciaria, entiende extinguida la condición de fiduciario”.

Por otra parte, en el caso de que premuera el cónyuge causante y el cónyuge supérstite sea declarado incapaz, en el momento de aplicar la facultad delegada, puesto que puede tener una incapacidad, que no merme su actuación en la facultad, precisando solamente del curador con la aplicación del art. 215.2º C.c. Por otro lado, si en el caso de que tuviera incapacidad total el cónyuge supérstite, deberíamos recurrir a la figura jurídica del tutor atendiendo al art. 222.2º C.c.,¹⁰⁵⁴ con la clara aplicación del art. 220 C.c., puesto que el otro cónyuge no tiene la facultad que en su día concedió el testador, extinguiéndose la facultad conferida.

¹⁰⁵⁴ En este sentido, cabe mencionar la S.A.P. Cádiz 27 de febrero, núm. 53/2008 (Sección 8ª) (Ponente: Ilma. Sra. Lourdes Marín Fernández) JUR 2008\235183, en su Fundamento Jurídico Segundo, señala: “el citado cónyuge supérstite de la fallecida declarado incapaz habiéndosele nombrado un tutor”.

Otra forma de extinción de la fiducia sería, mediante la renuncia del ejercicio de la facultad conferida por el causante, por lo que el fiduciario tiene su derecho personal a la renuncia de esta facultad, como señala la S.T.S.J. Aragón 24 de mayo, núm.6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: “el nombramiento de fiduciario quedará sin efecto, por renuncia”, y siguiendo adicionalmente el autor SERRANO GARCÍA¹⁰⁵⁵ entiende: “que esta facultad delegada al cónyuge superviviente, no requiere aceptación, por lo que puede declinar del encargo, como, por otra parte ocurre con todas las disposiciones testamentarias típicas de atribución de bienes, que son por parte del disponente”, a nuestro entender puede declinar sobre el encargo del causante testador el cónyuge superviviente, en el sentido de no hacerlo el perjudicado podrá pedir la rescisión de los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado, entendiéndose respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas resulten satisfechas.

Otra causa de extinción de la fiducia, sería la pérdida de los bienes por parte del cónyuge superviviente, podría darse este caso, siempre con ciertas limitaciones puesto como señala el autor LEÑA FERNÁNDEZ¹⁰⁵⁶: “estamos, como dice la doctrina, en presencia de un verdadero poder testatorio, por lo que el sobreviviente tendrá las mismas facultades que el premuerto y la voluntad que éste hubiera expresado concretadas en disposiciones, limitaciones o normas particionales”. Por lo que, si no

¹⁰⁵⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. Op. Cit., p. 350.

¹⁰⁵⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”. Op. Cit., p. 249.

cumple dicha voluntad del testador, podría incurrir en causas de índole penal, y se extinguiría la fiducia.

Por otro lado, puede ser que el testador una vez realizado el testamento pueda disponer de los bienes y derechos, que lo comprenden como entiende el autor MILLÁN SALAS¹⁰⁵⁷: “el causante, a pesar de ordenar la facultad al cónyuge viudo en testamento, puede disponer de sus bienes tanto actos inter vivos como por actos mortis causa a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora o sustitución fideicomisaria, dejando sin efectividad la delegación”. Por lo que, entendemos que mientras viva el causante dispone de los bienes pudiendo enajenarlos, con lo que sería un empobrecimiento de la herencia, legado o fideicomiso etc., lo que podría ser el fin de la delegación del cónyuge viudo y una total desprotección a los hijos discapacitados, en este sentido se iría contra el espíritu de la L.P.P.D., aunque debemos de tener presente que la sucesión “mortis causa”, se perfecciona a la muerte del causante, pudiendo dejar sin efecto el art. 831 C.c.

Por otra parte, también existe otra forma de extinción de la fiducia, que es la revocación por medio testatorio de las facultades que le son concedidas al fiduciario, mediante un nuevo testamento estando en vida el causante, por lo que entiende el autor BUSTOS LAGO¹⁰⁵⁸ que: “la función del testamento sirve para la revocación de la delegación, mediante un nuevo testamento”. Por tanto, entendemos que sería una forma más de extinción de la fiducia, pues el concedente extingue mediante su voluntad de crear esta figura jurídica.

¹⁰⁵⁷ MILLÁN SALAS, F., “*La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*”. Op. Cit., p. 409.

¹⁰⁵⁸ BUSTOS LAGO, J. M., “*Código Civil*”. Op. Cit., p. 168.

CONCLUSIONES

1. Nuestro Ordenamiento Jurídico en el concepto de “discapacitado” fue adaptándose desde las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, por medio del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Procedimiento para el reconocimiento, declaración de minusvalía y calificación del grado de discapacidad, empleando el Real Decreto el término “grado de minusvalía”, por lo que no está en concordancia con el concepto de “persona con discapacidad”, por tanto se actúa como fiel reflejo en las sentencias de los Tribunales y consecuentemente debería modificarse el Real Decreto.

2. Para obtener la discapacidad la persona primero tendrá que tener un “grado de minusvalía” que será por la vía administrativa, cuya finalidad conllevara la obtención de las distintas prestaciones o servicios de la Administración pública y de sus Comunidades Autónomas, por lo que se tendrían que coordinar las distintas Administraciones y los Tribunales, conllevando la creación de un único equipo de valoración para el “grado de minusvalía”, y al mismo tiempo la especialización de los Tribunales, tanto a efectos de discapacidad e incapacidad judicial.

3. En la acreditación de la condición de persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido, entendemos que las sentencias emitidas en el ámbito civil sirven para la acreditación del “grado de minusvalía” que posee la persona con discapacidad, por lo que no obviamos que la persona con discapacidad o si no tiene “suficiente capacidad de obrar” sus representantes legales podrán aportar el certificado

de acreditación del “grado de minusvalía” emitido por los órganos administrativos o sentencia del Tribunal de lo Social.

4. Si existiera la coordinación entre los Tribunales y las Administraciones públicas, una vez obtenida la sentencia de incapacitación de la persona con discapacidad, no sería necesario la aportación del certificado de minusvalía.

5. En nuestro Código civil existe la presunción de capacidad de las personas en su artículo 199 del Código civil, ante esta situación existen familias que no desean incapacitar a la persona presuntamente discapacitada e incapaz judicial, por el miedo de crearle un estigma social, por lo que esta persona con discapacidad se podría acoger al sistema protector de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.

6. Puede ser problemático que una persona con discapacidad sea titular de varios patrimonios protegidos, por las deudas que generaría el propio discapacitado, por tanto sería difícil de aplicar a los diversos patrimonios creando de esta forma una confusión de deudas en sus diferentes patrimonios, y afectando a sus distintos acreedores de los diversos patrimonios que es titular, y a las aportaciones de los diferentes patrimonios protegidos de la persona con discapacidad pues sería más difícil su aportación. Aunque no dejamos de aceptar la posibilidad que dos personas con discapacidad, en su caso hermanos puedan constituir un patrimonio protegido, en este caso una empresa que produce beneficios para cubrir sus “necesidades básicas”.

7. El patrimonio protegido está compuesto de bienes y derechos para satisfacer las “necesidades básicas” de la persona con discapacidad, por lo que es un patrimonio de destino como lo expone la Exposición de Motivos de la Ley de Protección de las personas con discapacidad. Pues además lo podemos calificarlo como patrimonio separado, por su propia gestión, administración y con la limitación de la responsabilidad del patrimonio principal.

8. Como enuncia la Exposición de Motivos de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad es “el patrimonio especialmente protegido”, por lo que debemos atenernos al artículo 1911 del Código civil, por tanto entendemos que el legislador debería de haber sido más flexible en su aplicación respecto al patrimonio protegido, pues su destino es la protección de la persona con discapacidad y su responsabilidad universal, por lo que estimamos conveniente que tanto el patrimonio protegido como el patrimonio principal respondan por separado de sus deudas, y además el patrimonio protegido debería estar limitado en cierta medida a no ser embargado.

9. La figura jurídica del Trust anglosajón en nuestro Ordenamiento Jurídico es imposible adaptarse, por lo que hubiera resuelto los problemas de responsabilidad patrimonial tanto del patrimonio protegido como del patrimonio principal. Aunque debemos concretar que en Derecho civil catalán en su artículo 227-3 e), 227-4, 2, 3 C.C., respecto a la protección de las personas con discapacidad tiene una gran similitud con la figura jurídica del Trust. Por lo que, no dudamos que con el tiempo se pueda introducir el Trust en el Derecho Autonómico o Derecho Foral.

10. La figura jurídica de las personas con “interés legítimo” en la constitución del patrimonio protegido, entendemos que pueden ser todas las personas que tienen este “interés legítimo”, y por tanto podrían constituir un patrimonio protegido a favor de cualquier persona con discapacidad, siempre que fuese beneficioso, por tanto entendemos que existe una cierta limitación en las personas con “interés legítimo”.

11. El menor puede constituir un patrimonio protegido, siempre que tenga capacidad de obrar, por el contrario entendemos que el régimen de la administración del patrimonio protegido en la figura jurídica del menor, se regirá por lo que dispone el Código civil.

12. La constitución del patrimonio protegido tiene dos dificultades que deberían solucionarse: a) tiene excesivo formalismo dificultando la creación por parte de las familias, aunque sea el patrimonio protegido de poca cuantía; b) la necesidad de escritura pública tanto en los bienes inmuebles como en los bienes muebles, merma a las familias que no tienen un potencial económico suficiente, por lo que entendemos que la Administración debería reducir las tasas arancelarias, puesto que es un patrimonio separado.

13. La constancia registral del patrimonio protegido tanto en el Registro Civil, Registro de la propiedad, como en otros Registros, y especialmente en la Ley 1/2009, de 25 de marzo Discapacidad - Tutela, su finalidad es la constatación y la publicidad, por lo que la norma exige la inscripción de la

constitución y el contenido del patrimonio protegido y su administrador, si la persona no tiene suficiente capacidad de obrar.

14. La administración del patrimonio protegido pueden realizarlo tanto las personas físicas como las personas jurídicas, siempre que actúen: a) sin ánimo de lucro; b) estén especializadas en la atención de las personas con discapacidad; c) que actúen como un buen padre de familia.

15. Cuando en el patrimonio protegido existan varios administradores, entendemos que será efectiva su actuación siempre que sea en beneficio de la persona con discapacidad, por lo que deberán de estar todos de común acuerdo.

16. En el patrimonio protegido se debería aplicar la subasta pública siempre que se actúe ante la necesidad de la persona con discapacidad, previa modificación de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.

17. La supervisión del patrimonio protegido consta de dos elementos: a) la supervisión voluntaria que el constituyente habrá establecido en las reglas de administración del patrimonio protegido; b) la supervisión institucional que le corresponde al Ministerio Fiscal, aunque entendemos que no existe un Ministerio Fiscal especializado en patrimonios protegidos, por lo que se debería atender a su especialización.

18. La extinción del patrimonio protegido sus causas son: a) la pérdida de la condición de persona discapacitada; b) por muerte o declaración de

fallecimiento o resolución judicial; c) por vaciamiento patrimonial, en este caso no sería una extinción inmediata, puesto que pueden existir nuevas aportaciones, en el caso contrario que empiece a crear deudas el Juez decretara su extinción; d) cuando el constituyente impone cláusulas mediante el artículo 1255 del Código Civil, aunque esta condición no la contempla la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.

19. La rendición de cuentas se realizara una vez extinguido el patrimonio protegido bien por el administrador o sus representantes legales sí la persona hubiera fallecido o bien por la propia persona si hubiera perdido la condición de discapacidad, cuando el patrimonio protegido se hubiese extinguido actuará el Ministerio Fiscal, pues le corresponde el control del patrimonio protegido, aunque lo no exprese la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Por tanto se procederá a pagar a sus acreedores.

20. La reversión actúa en el patrimonio protegido de la siguiente forma: a) si los aportantes hubiesen previsto el destino que deban darse a los bienes y derechos; b) si no se hubiese dado el destino de los bienes y derechos por los aportantes se aplicara el destino que impone la norma y su integración en el patrimonio principal.

21. Una vez extinguido el patrimonio protegido se procederá a su cancelación tanto en el Registro Civil como en el Registro de la Propiedad u otros Registros, pudiéndolo realizar la propia persona que antes tenía discapacidad, sus representantes legales si esta hubiese fallecido (el administrador del patrimonio protegido) o la persona que tenga un

“legítimo interés”. Al respecto estimamos que el legislador hubiera podido crear un único Registro para el patrimonio protegido.

22. El derecho de uso y habitación protege a las personas con discapacidad, su aplicación será mediante: a) por ministerio de ley cuando la persona es legitimaria; b) por medio de actos “inter vivos”, con aplicación en ambos casos de la convivencia, y la necesidad de la persona con discapacidad.

23. En el caso de aceptación del derecho de uso y habitación, si la persona con discapacidad no tiene capacidad de obrar será su representante legal quien acepte tanto en actos “inter vivos”, como en actos “mortis causa”, por lo que entendemos que recaerá la decisión en este.

24. Para que sea efectivo el derecho de uso y habitación, tiene que ser intrasmisible e inalienable, y gratuito.

25. Cuando existan varios legitimarios discapacitados tienen la facultad de acrecer en el derecho de uso y habitación, siempre atendiendo a la voluntad del causante, por lo que entendemos que el legislador le otorgó al causante una gran facultad.

26. En el derecho de uso y habitación entendemos que el legislador hubiera podido incluir al incapacitado judicial no discapacitado por lo que queda desamparado, puesto que también en la aplicación en su cálculo de las legítimas sus requisitos son: a) que la persona sea discapacitada; b) que la persona discapacitada conviviera con el donante o testador.

27. La extinción del derecho de uso y habitación será por las causas siguientes: a) por dejar de tener la condición de persona con discapacidad; b) por renuncia de la persona con discapacidad, en este caso si no tiene capacidad de obrar serán sus representantes legales, por lo que entendemos que sí actúan sus representantes legales sin tener autorización judicial será revisable por el Juez, sí es beneficioso para la persona con discapacidad; c) por prescripción si es usufructo, en este caso entendemos que el constituyente de este derecho, puede que no sea consciente en el caso de que la persona en el momento de su extinción aun es discapacitado, por lo que estimamos que el constituyente de este derecho antes debería consultarlo a los facultativos sobre el estado de la persona con discapacidad.

28. La reducción del legado siempre que se no se admita cómoda división, sí es beneficioso para la persona con discapacidad, aunque la norma no específica si son personas incapacitadas judiciales o discapacitadas, se puede recurrir a esta situación puesto que podría convertirse en dinero para atender a sus “necesidades básicas”.

29. La posibilidad de gravar el testador la legítima estricta a favor de un hijo o descendiente incapacitados judiciales, entendemos primero que el legislador se olvido de la persona discapacitada, y segundo prima la voluntad del testador, por lo que el beneficiario (fiduciario incapacitado) del patrimonio protegido no podrá enajenar los bienes gravados para transmitirlos, por lo que los legitimarios no recibirán los bienes hasta que se extinga el patrimonio.

30. La rendición del fideicomiso se producirá una vez extinguido este, no realizándolo el fiduciario por la sencilla razón que habrá fallecido este, por lo que lo realizaran sus administradores.

31. El fideicomiso se extinguirá por las siguientes causas: a) por el fallecimiento del fiduciario; b) por la pérdida de la condición de incapacitado judicial; c) por renuncia del fiduciario, por tanto sería bajo la responsabilidad de su tutor; d) cuando el fideicomisario sea indigno de suceder; e) cuando el testador ponga término para su extinción por lo que consideramos que en este caso los Notarios expongan las consecuencias del desamparo del fiduciario.

32. El artículo 831 del Código civil amplía las facultades del cónyuge supérstite concedidas por el causante, protegiendo a la persona con discapacidad, por el contrario desampara a la persona incapacitada judicial por lo que estimamos que tendrían que tener ambas figuras jurídicas un trato igualitario.

33. El artículo 1041.2º del Código civil, aprecia la exención de colacionar de las personas con discapacidad, aunque estimamos que debería modificarse el precepto por la sencilla razón que el legislador se olvidó del cónyuge y sus ascendientes.

34. La extinción de la fiducia será por las causas siguientes: a) por la muerte del cónyuge; b) si no tienen hijos o descendientes comunes; c) si no tienen descendencia; d) si no hubiera ejercitado el cónyuge supérstite el

plazo que le facultó el causante; e) cuando hubiese contraído nuevas nupcias o tenga pareja estable e hijos de estas relaciones, por lo que entendemos que el causante no tenía fiabilidad en su antigua pareja; f) la indignidad y la desheredación del cónyuge supérstite; g) por la constitución de un nuevo testamento, pues es una facultad conferida al cónyuge supérstite.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE LA CIERVA, T.:

(1993). *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Madrid: Montecorvo.

ALÍA ÁLVAREZ, G.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.). (2008). “Apoyos económicos a la discapacidad: pensiones y prestaciones”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado*. (Vol.III). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

ALONSO SOTO, F.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno L. C.) (2007). “Tratado de la discapacidad en la Unión Europea”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi.

BAYERRI LOSADA, B.:

(Dir. Bercovitz, R., Martínez- Simancas, J.) (2000). *Derechos civiles de España. Banco Santander Central Hispano*. (Vol. VI). Navarra: Aranzadi.

BELLO JANEIRO, D.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Autotutela e incapacitación voluntaria”, en AA.VV., *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, (1ª Ed.). Las Rozas. (Madrid): La Ley.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

(Tribuna) (2003). *La protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Publicación: Aranzadi Civil núm. 16. Pamplona: Aranzadi. (2009). *Comentario al artículo 618 del Código Civil*. Grandes Tratados. Pamplona: Aranzadi.

BERMEJO PUMAR, M^a. M.:

(2001). “*El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (la mejora a favor del cónyuge)*”. Madrid: Consejo General del Notariado.

BERROCAL LANZAROT, A. I.:

(2005). *El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 22- 01 septiembre.

BIONDO BIONDI.:

(1961). *Los bienes*. Traducción de la segunda edición italiana Revisada y ampliada por De la Esperanza Martínez-Radio A. Barcelona: Bosch. Casa del libro.

BOLÁS ALFONSO, J.:

(Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Inauguración del seminario”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas. (Dir. Laorden J., Coord. Terreros J. L.,) (2007). “Comentarios a la exposición de motivos”, en AA.VV., *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales*. (Vol. II). Madrid: Consejo general del poder judicial.

BOSCH CAPDEVILA, E.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “El concepto de derecho de acrecer”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo) (1ª Ed.). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia.

BUSTOS LAGO, J. M.:

(Coord. Álvarez Barbeito, P., et al.) (2007). “Código Civil”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia. Aspectos civiles, procesales y fiscales* (1ª Ed.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

BRAUN, A.:

(Dir. Arroyo i Amayelas, E.,) (2007). “El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia.”, en AA.VV., *El Trust en el Derecho civil*. (1ª Ed.). Barcelona: Bosch.

C. COURTIS.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno L. C.) (2007). “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi.

CÁMARA LAPUENTE, S.:

(Coord. Nasarre Aznar, S., Garrido Melero, M.) (2006). “Breve compendio geo-conceptual sobre trusts”, en AA.VV., *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*. Colegio Notarial de Cataluña, Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

CAPILLA RONCERO, F.:

(1984). *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos.

CARBONNIER, J.:

(2004). *Droit Civil. Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*. (Vol. I). Paris: Quadrige/Puf.

CARRAMOLINO GÓMEZ, C.:

(Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “La sucesión intestada, la contractual, otras figuras sucesorias”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho. (Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “Los particulares regímenes sucesorios la sucesión testamentaria (I)”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho.

CASTAN TOBENAS, J.:

(1978). *Derecho Civil Español Comun y Foral*. (1 tomo) (Vol. II). Madrid: Reus.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.:

(Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Retos del siglo XXI para la familia*. Moncada: Práctica de derecho.

CASTRO REINA, J. R.:

(2008). “Autotutela y contrato de alimentos a favor de discapacitados”, en AA.VV., *Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. (XVI tomo). (Vol.2), Albolote (Granada): Comares.

COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B. M^a.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.) (2007). “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos*. (Vol. I.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

CORDERO CUTILLAS, I.:

(2006). *La discapacidad e incapacitación judicial*. Actualidad Civil, n.º. 10- 2^a quincena de mayo.

CORTÁZAR LORENTE, C.:

(Dir. Arroyo i Amayelas, E.,) (2007). “Trust y empresa familiar”, en AA.VV., *El Trust en el Derecho Civil*. (1ª Ed.). Barcelona: Bosch.

CUADRADO IGLESIAS, M.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo) (1ª Ed.). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia.

DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C.:

(2008). *Incapacitación y mandato*. (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.:

(Coord. Sierra Gil de la Cuesta, I., (2000). *Comentarios al Código Civil. Comentarios al artículo 1911*. Barcelona: Bosch.

DE ARESPACOHAGA, J.:

(2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Paracuellos del Jarama (Madrid): Marcial Pons.

DE CASTRO y BRAVO, F.:

(1972). *Temas de derecho civil*. Madrid: Marisal.

DE COSSIO y CORRAL, A.:

(1991). *Instituciones de Derecho civil. Parte General Obligaciones y Contratos.* (1 Tomo) (2ª Ed.). Madrid: Civitas.

(1988). *Instituciones de Derecho Civil.* (2 tomos) (1ª Ed.). Madrid: Civitas.

DE LORENZO, R., y PALACIOS, A.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros, J.L.) (2007). “Discapacidad, Derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV., *Los Derechos de las personas con discapacidad. Aspectos Jurídicos.* (Vol. I). Consejo General del Poder Judicial: Madrid.

DE LOS MOZOS, J. L.:

(1965). *La colacion.* Madrid: Revista de Derecho Privado.

(1991). *Estudios sobre Derecho de los bienes.* Madrid: Montecorvo.

DÍAZ ALABART, S.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en AA.VV., *Protección jurídica de las personas con discapacidad.* (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

(2006) (Estudio). *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación.* Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3. Pamplona: Aranzadi.

(2008). “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”, en AA.VV., *Conferencias del curso académico*

2004/05. *Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.* (XVI tomo). (Vol.2), Albolote (Granada): Comares.

DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M^a.T.:

(Coord. Díaz Alabart) (2004). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en AA.VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad.* Madrid: Ibermutuamur.

DÍAZ PARDO, G.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad.* (1^a Ed.) Las Rozas (Madrid): La Ley.

DIEZ -PICAZO y GULLON, A.:

(1978). *Sistema de Derecho Civil.* (Vol.I) (2^a Ed.). Madrid: Tecnos.

(2005). *Sistema de derecho civil.* (Vol. I) (11^a Ed.). Madrid: Tecnos.

(2006). *Sistema de Derecho Civil.* (Vol. IV) (10^a Ed.). Madrid: Tecnos.

(1995). *Instituciones de derecho civil.* (Vol.I.). Madrid: Tecnos.

(2001). *Sistema de Derecho Civil, La relación obligatoria.* (Vol.II) (9^a Ed.). Madrid: Tecnos.

DOMENECH SALVADOR, A.:

(Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “Las sustituciones”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones.* Sedaví (Valencia): Práctica del derecho.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.:

(2005). *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Revista Jurídica del Notariado enero- marzo nº 53.

ESPÍN CÁNOVAS, D.:

(1977). *Manual de Derecho Civil Español*. (Vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

(1977). *Manual de Derecho Civil Español*. (Vol. II). Madrid: Revista de Derecho Privado.

ESTRENA PALOMERO, B.:

(Dir. Laorden J., Coord. Terreros J.L.,) (2007). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales*. (Vol. II). Madrid: Consejo general del poder judicial.

FERNÁNDEZ DE PALENCIA BELLOD, E.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su aplicación en Aragón”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo) (1ª Ed.). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia.

FERRANDO NICOLAU, E.:

(Coord. Llopis Giner, J. M.) (2003). “Etapas de la adquisición de la herencia (I)”, en AA.VV., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones Derecho de Sucesiones*. Sedaví (Valencia): Práctica del derecho.

FERRARA, F.:

(MCMXXI). *Trattato di diritto civile italiano*. (Vol.I.). *Doctrine Generali Parte I. Il Diritto- I soggeti- Le cose*. Roma: Edizione Scientifiche Italiane. Athenaeum.

FUENSETECA, C.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (1ªEd.): Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.

G.MASSIMO, B.:

(1987). *Diritto civile. La norma giuridica- i soggeti*. Milano: Giuffre.

GALGANO, F.:

(1992). *Diritto Privato*. (7ª Ed.). Padova: Casa Editrice Antonio Milani Cerdam.

GALVÁN GALLEGOS, A.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.,) (2004). “Las donaciones colacionables en el Código Civil”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (1ªEd.): Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*.(1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

GANZENMÜLLER ROIG, C.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Cayo Pérez Bueno, L.) (2007). “Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

GANZENMÜLLER, C., y ESCUDERO, J. F.:

(2005). *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. (1ªEd.). Barcelona: Bosch.

GARCÍA CALVENTE, Y.:

(Dir. Calvo Ortega R., y García Calvete Y.) (2007). “Cap. I- Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”, en AA.VV., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Pamplona: Aranzadi.

GARCÍA LLORENTE, M. A.:

(Coord. Trinchant Blasco, C.) (2010). “Limitaciones de la capacidad de obrar”, en AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre Civil 2010 familia y sucesiones*. Madrid: Francis Lefevre.

GARCÍA PÉREZ, R.:

(Coords. Sánchez Calero, J., García Pérez, R.) (2006). “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, en AA.VV., *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA TRESGUERRES- FERNÁNDEZ, A.:

(Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Disposiciones de protección mortis causa del incapaz”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas.

GARCÍA VALDECASAS, G.:

(1983). *Parte General del Derecho civil español*. Madrid: Civitas.

GARRIDO DE PALMA, V. M.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González, F. P.) (2004). “Los nuevos artículos 831 y 1056, 2ª del Código Civil. Algunas aplicaciones”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. (1tomo). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (1ªEd.): Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.

GETE- ALONSO, M^a C.:

(Autors. PUIG I FERRIOL, L., et al.) “La edad”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*. (3^a Ed.). Madrid: Marcial Pons.

(Dir. Alonso Olea, M., et al.) (1985). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. (1^aEd.). Madrid: Civitas.

(Autors. PUIG I FERRIOL, L., et al.) (2000). “La incapacitación y la limitación de capacidad”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*. (3^a Ed.). Madrid: Marcial Pons.

GOMEZ LAPLAZA, C.:

(Coords. Amoros Guardiola, M., Bercovitz Rodriguez- Cano, R.,) (1986). “Del ejercicio de la tutela, comentario al art. 270”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.:

(2006). “El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado”, en AA.VV., *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P.:

(2000). *Lecciones de derecho hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

GÓMEZ TABOADA, J.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, en AA.VV., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*.(1ªEd.). Las Rozas. (Madrid): La Ley.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.:

(1997). *El trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Bosch: Barcelona.

HUALDE SANCHÉZ, J. J.:

(2000). (Autors. PUIG I FERRIOL, L., et al.) “La personalidad”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*. (3ª Ed.). Madrid: Marcial Pons.

JAÉN, V.:

(1928). *Derecho Civil. Apuntes y notas de derecho filosófico histórico y positivo, especialmente español común y foral*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.

JIMENEZ BUÑUALES, M. T., et. al.:

(2002). *La clasificación Internacional de las Discapacidades y de la Salud (CIF) 2001*. Revista Española de Salud Pública, nº 4-Julio-Agosto.

JIMENEZ LARA, A.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Cayo Pérez Bueno, L.) (2007). “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes” en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

(2009). *Elementos de Derecho Civil* (V). (4ª Ed.) Revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., Dykinson: Madrid.

LEÓN, F., y BUENO MARTÍNEZ, B.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros, J. L.,) (2008). “Políticas de Accesibilidad”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado*. (Vol.III). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.:

(Dir. Santos Urbaneja F.) (2006). “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, en AA.VV., *Discapacitado, patrimonio separado y legitima*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

(Coord. Serrano García, I.,) (2003). “Igualar diferencias: un reto jurídico para los para los discapacitados psíquicos”, en AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

(2004/05). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción” en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05*. (tomo XVI) (Vol. 2). Albolote (Granada): Comares.

LERYCKE, C., y SÁNCHEZ, E.:

(2007). *La institución del “trust” y el ordenamiento jurídico español*. Derecho y Sociedad, Marzo-Abril, nº 39 Boletín informativo de Roca Junyent. www.rocajunyent.com. (consultado en 27 de mayo de 2012).

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.:

(Dir. Vallet de Goytisolo, J. et al.) (Coord. Fenoy Picón, N.) (2006). “El artículo 831 del Código Civil”, en AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre, 2005. (LVIII Tomo) (Fascículo III). Madrid: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) y Boletín Oficial del Estado.

LÓPEZ-BERMEJO, J.:

(Dir. Bento Company, J. M.) (2007). “La revisión de los supuestos de publicidad restringida al amparo de la nueva legislación sobre el derecho de familia”, en AA.VV., *Problemas actuales del Registro Civil*. Centro de Documentación Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.:

(2005). *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario año LXXXI, enero- febrero año 81 núm. 687. Boletín del Colegio de Registradores de España.

(Coord. Bello Janeiro, D.) (2005). “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del Discapacitado”, en AA.VV., *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública.

LOUSADA AROCHENA, J. F.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.) (2007). “Criterios Judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos*. (Vol.I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

LUCES GIL, F.:

(1986). *Derecho Registral Civil*. (3ª Ed.). Barcelona: Bosch.

LUCINI NICAS, J. A.:

(2004). *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*. Actualidad Civil nº 14, 2ª quincena de julio.

LUNA SERRANO, A.:

(Coord. Serrano García, I.) (2007). “El patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional, Valencia: Tirant lo Blanch.

LLOBET AGUADO, J.:

(Coord. Rogel Vide, A.) (2006). “Fases de adquisición hereditaria”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones. Manuales Básicos (MANUBAS)*. Mataró (Barcelona): Cálamo.

MARÍN CALERO, C.:

(2004). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. www.sindromedow.net/adjuntos/.../29L_Libroscarlosmarin.pdf. (consultado en 22 de mayo de 2012).

MARTÍN SANTISTEBAN, S.:

(Comentario) (2004). *El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 612 Pamplona: Aranzadi.

(Dir. Domingo, R.) (2005). *El instituto del “TRUST” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “CIVIL LAW”*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

MARTINEZ DIE, R.:

(Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Protección de los discapacitados”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situación de dependencia*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á.:

(Dir. Martínez Die, R.) (2000). “Apoderamientos preventivos y autotutela”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ MAROTO, A.:

(Coord. Adroher Biosca, S.,) (2004). “Discapacidad e Integración: Familia, Trabajo y Sociedad”, en AA.VV., *Marco Jurídico de la Discapacidad*. Instituto Universitario de la Familia. Publicaciones Universidad Pontificia Comillas. Madrid: Edisofer.

MEDINA DE LEMUS, M.:

(Coords. Rams Albesa, J., y Moreno Flórez, R. M.,) (2001). “Comentarios al Código Civil III”, en AA.VV., *Libro Segundo (Títulos I a VIII)*. Barcelona: Bosch

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, A. J.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ªEd.). Las Rozas. (Madrid): La Ley.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.:

(Dir. Lasarte. C.,) (Coord. Moretón, M^a.F. et al.) (2005). “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*. Madrid: Idadfe, uned y el derecho editores.

MILLÁN SALAS, F.:

(Dir. Rogel Vide, C., et al.) (2006). “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”. Tercera Época- AÑO CLIII- Julio-Agosto, nº. 3, Madrid: Reus.

MORETÓN SANZ, M. F.:

(2005). *Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario” año LXXXI, enero-febrero 2005, núm. 687.

MUÑOZ DE DIOS, G.:

(Dir. Martínez Die, R.) (2000). “El patrimonio del discapacitado”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. (1ª Ed.). Madrid: Civitas.

MUÑOZ ESPADA, E.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González F.P.) (2004). “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2 tomos) (1ª Ed.). Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia.

MUÑOZ VARGAS DE PÉREZ, J.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “La reforma de los artículos 756 y 1732 del código civil por la ley 41/2003”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.) Las Rozas (Madrid): La Ley.

NOGUERA NEBOT, T.:

(Dir. Lasarte. C.,) (2005). “La ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria”, en AA.VV., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*. Madrid: Idadfe, uned y el derecho editores.

NUÑEZ NUÑEZ, M.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). “Algunas reflexiones-negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

O´ CALLAGHAN, X.:

(Dir. Martínez Die, R.,) (2000). “La declaración de incapacidad”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas especiales*. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S. M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en UIMP. (1ªEd.). Madrid: Civitas.

(Coord. Serrano García, I.,) (2003). “La tutela, actos personalísimos”, en AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado*. I Congreso Regional. Valencia: Tirant lo Blanch.

(Dir. Laorden J., Coord. Terreros J. L.,) (2007). “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos*. (Vol.I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

PALACIOS, A., y BAFFIRI, F.:

(2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. (1ªEd.). Madrid: Cinca.

PALOMINO DÍEZ, I.:

(Dir. Navarro Viñuales, J. M.,) (2006). “La ley 41/2003, de 18 de noviembre. De protección patrimonial de las personas con discapacidad y su reforma de la tutela”, en AA.VV., *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en agosto de 2005. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

(2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PASTOR ALVAREZ, M^a. C.:

(2005) (Estudio). *Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas con discapacitadas*. Aranzadi Civil núm. 20/2004. Pamplona: Aranzadi.

PEREÑA VICENTE, M.:

(2006). *Asistencia y protección de las personas incapacitadas o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos.

(2004). “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”. *Actualidad Civil* núm. 15 septiembre.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.:

(2005). *Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores*. Madrid, Informes Portal Mayores, n° 42, 01/11/2005, www.imsersomayores.csis.es/documentos/documentos/perez-protección-01.pdf.

(consultado en 27 de mayo 2012).

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ª Ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

(2004/05). “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del Código Civil. Breve referencia a los poderes preventivos”, en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05*. (tomo XVI) (Vol. 2). Albolote (Granada): Comares.

PÉREZ GIMENEZ, M^a. T.:

(2004). *Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad civil*, Actualidad Civil, nº 21, primera quincena de diciembre.

PÉREZ HUETE, J.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno, L. C.) (2007). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41\2003”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi.

PERRIN, J.:

(2006). *Le trusts à l'épreuve du droit successorial en Suisse, en France et au Luxembourg*. Genève (Switzerland): Librairie Droz.

PINO, A.:

(1950). *Il patrimonio separato*. Padova: Pubblicazioni della facolta di giurisprudenza dell'univesità di Padova - Cedam.

PLANIOL, M.:

(1928). *Traite élémentaire de Droit civil par Marcel Planiol avec la collaboration Ripert* (1º Tomo) (11º Ed.). Paris: Librerie Générale de droit & de jurisprudence.

POUS DE LA FLOR, M^a. P.:

(Dir. Lasarte. C.) (2005). “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”, en AA.VV., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*. Madrid: Idadfe, uned y el derecho editores.

PUIG BRUTAU, J.:

(Dir. Puig Ferriol, L.) (1979). *Fundamentos de derecho civil, Parte general*. (1 tomo), (Vol. I), Segunda parte. Barcelona: Bosch.

(1988). *Fundamentos de Derecho Civil*. (I tomo) (Vol. II) (4ª Ed.). Barcelona: Bosch.

(1987). *Compendio de derecho civil*. (Vol. II) (1ª Ed.). Barcelona: Bosch.

QUESADA SÁNCHEZ, F. J.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.) (2007). “Concepto, características y normativa jurídica de la persona,” en AA.VV., *Los Derechos de las personas con discapacidad. Aspectos Jurídicos*. (Vol. II). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González F. P.,) (2004). “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2 tomos) (1ª Ed.). Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.:

(Dir. Garrido Melendo, M., Fugarido Estavill, J. M.,) (2005). “Teoría General del Patrimonio”, en AA.VV., *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial, sus Protocolos*. Consejo General del Notariado, (1tomo). (1ªEd.). Barcelona: Boch.

(2006). *Los patrimonios autónomos ¿Hacia una categoría general?. Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Madrid: La Ley.

ROCA GUILLAMÓN, J.:

(Coords. González Porras, J.M., Méndez González F.P.,) (2004). “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003)”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2 tomos) (1ª Ed.). Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia.

RUBIO TORRANO, E.:

(Comentario) (2011). *Objeto de la sustitución ejemplar y carácter personalísimo del testamento*. Aranzadi Civil- Mercantil núm. 5. Pamplona: Aranzadi.

RUIZ SERRAMALENA, R.:

(1980). *Derecho civil Parte general*. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de derecho. Sección de publicaciones.

SALAZAR MURILLO, J.:

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.) (2007). “Reconocimiento legal de la discapacidad”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aspectos jurídicos*. (Vol.I). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.:

(Dir. Bento Company, J. M.) (2004). “Sistema registral español. Registro civil y derechos fundamentales”, en AA.VV., *El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional*. Cuadernos de Derecho Judicial XVI- 2003. Centro de documentación judicial. Madrid: Consejo general del poder judicial.

SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, B.:

(Coords. Sánchez Calero, J., García Pérez, R.) (2006). “la administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ CARAZO, C. :

(Dir. Laorden, J., Coord. Terreros J.L.) (2008). “Políticas de integración”, en AA.VV., *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado*. (Vol.III). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

SEDA HERMOSÍN, M. A.:

(2004/05). “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05*. (XVI tomo) (Vol. 2). Albolote (Granada): Comares.

(Dir. Santos Urbaneja F.) (2006). “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, en AA.VV., *Discapacitado, patrimonio separado y legitima*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

SERRANO DE NICOLÁS, A.:

(Dir. Arroyo i Amayelas, E.) (2007). “Trust y Derecho de sucesiones”, en AA.VV., *El Trust en el Derecho civil*. (1ª Ed.). Barcelona: Bosch.

SERRANO GARCÍA, I.:

(2008). *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la Ley 41/2003*. (1ª Ed.). Paracuellos de Jarama (Madrid): Iustel.

(2005). *Reflexiones acerca de los sujetos en Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Discapacidad Intelectual y Derecho IV Jornadas Granada 23 y 24 de Octubre de 2003*. (2ª Ed.) Madrid: Fundación Aequitas.

(2004). “Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., *Discapacidad Intelectual y Derecho, IV Jornadas*. Madrid: Fundación Aequitas. (Granada-23 y 24 de octubre de 2003). Madrid: La llave.

(2004). *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre*. Revista Jurídica del Notariado, nº 52. Octubre- diciembre.

SOLÉ RESINA, J.:

(Coord. Rogel Vide, A.) (2006). “La sustitución fideicomisaria”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones. Manuales Básicos (MANUBAS)*. Mataró (Barcelona): Cálamo.

SOTO RUIZ, J, J.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Cayo Pérez Bueno, L.) (2007). “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

TERRERO CHACON, J. L.:

(Dir. De Lorenzo, R., y Pérez Bueno L. C.) (2007). “Discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en AA.VV., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi.

TORRES GARCÍA, T.F.:

(Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). “Discapacidad e Incapacitación”, en AA.VV., *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. (1ªEd.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

TORRES MATEO, M.:

(2009). *Código de familia*. Colección Códigos Profesionales. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

TOULLIER.:

(M.DCCC.XXX) Droit Civil Français. (1º Tomo) (5ª Ed.) Paris: Ches videococq Librarie.

TRABUCCHI, A.:

(2004). *Istituzione di Diritto Civile*. (Quarantesima 1ª Ed.). Padova: Cedam.

TRINCHANT BLASCO, C.:

(2009). “Sucesiones”, en AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre Civil 2010*. Madrid: Francis Lefebvre.

VIRGOS SORIANO, M.:

(2006). *El trust y el Derecho Español*. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

VOLTERRA, E.:

(1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Traducción, prologo y notas a la edición española de Daza Martínez J., Madrid: Civitas.

VON THUR, A.:

(1925). *Parte General del Derecho Civil*, traducido por Rocés, W., Madrid: Librería General de Victorio Suarez.

YSÀS SOLANES, M.:

(Coord. Rogel Vide, A.) (2006). “La Legítima (V)”, en AA.VV., *Derecho de Sucesiones*. Manuales Básicos (MANUBAS). Mataró (Barcelona): Cálamo.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

S. T. C.

S. T. C. 174/2002 9 de octubre, núm. 174/2002 (Sala Segunda) (Ponente: Don Tomás S. Vives Antón) RTC 2002\174.

S. T. S.

S. T. S. 28 de febrero 1947 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. desconocido) RJ 1947\337.

S. T. S. 2 de junio 1952 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Desconocido) RJ\1952\1545.

S. T. S. 12 de junio 1956 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Obdulio Siboni Cuenca) RJ 1956\2482.

S. T. S. 20 de marzo 1967 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros) RJ 1967\1665.

S. T. S. 26 de noviembre de 1968 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Francisco Bonet Ramón) RJ 1968\5542.

S. T. S. 13 de diciembre 1974 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Federico Rodríguez Solano y Espín) RJ 1974\4677.

S. T. S. 4 de noviembre 1975 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. desconocido) RJ 1975\3829.

S. T. S. 3 de marzo 1980 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Andrés Gallardo Ros) RJ 1980\1016.

S. T. S. 7 de marzo 1980 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jaime De Castro García) RJ\1980\845.

S. T. S. 25 de abril 1981 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1981\2166.

S. T. S. 19 de julio 1982 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) RJ 1982\4256.

S. T. S. 12 de marzo 1984 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso) RJ 1984\1216.

S. T. S. 10 de febrero 1986 (Sala de lo Civil), (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1986\520.

S. T. S. 24 de febrero 1986 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1986\935.

S. T. S. 3 de noviembre 1989 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda) RJ 1989\7847.

S. T. S. 15 noviembre 1989 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel González Alegre y Bernardo) RJ 1989\7886.

S. T. S. 6 de junio 1990 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel González Alegre y Bernardo) RJ 1990\4739.

S. T. S. 15 de junio 1990 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo) RJ 1990\4760.

S. T. S. 5 de octubre de 1991 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1991\6889.

S. T. S. 27 de enero 1993 (Sala de lo Social) (Ponente: Excmo. Sr. Víctor Fuentes López) RJ 1993\278.

S. T. S. 10 de febrero, núm. 95/1993(Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres) RJ 1993\1453.

S. T. S. 26 de marzo, núm. 278/1993 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) RJ 1993\2394.

S. T. S. 9 de junio, núm. 597/1993 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez- Pardo) RJ 1993\4474.

S. T. S. 20 de mayo, núm. 479/1994 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) RJ 1994\ 3723.

S. T. S. 30 de enero, núm. 51/1995 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa) RJ 1995\388.

S. T. S. 28 de febrero, núm. 133/1996 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) RJ 1996\1269.

S. T. S. 18 de diciembre 1996 (Sala de lo Social) (Ponente: Excmo. Sr. Víctor Fuentes López) RJ 1996\ 9724.

S. T. S. 26 mayo, núm. 452/1997 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 1997\4234.

S. T. S. 27 de enero, núm. 54/1998 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López) RJ 1998\394.

S. T. S. 22 de junio núm. 605/1998 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros) RJ 1998\4907.

S. T. S. 26 de julio, núm. 808/2001 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez) RJ 2001\8427.

S. T. S. 28 de julio, núm. 662/2002 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) RJ 2002\5507.

S. T. S. 28 de abril, núm.424/2003 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) RJ 2003\3813.

S. T. S. 14 de mayo, núm. 448/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo) RJ 2003\4853.

S. T. S. 25 de septiembre, núm. 881/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única) (Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) RJ 2003\6442.

S. T. S. 30 de diciembre, núm. 1209/2003 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 2004\360.

S. T. S. 13 de mayo, núm. 411/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán) RJ 2004\2755.

S. T. S. 11 de junio, núm. 533/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) RJ 2004\4428.

S. T. S. 30 de junio, núm. 646/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) RJ 2004\4283.

S. T. S. 19 de noviembre, núm. 1101/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) RJ 2004\6910.

S. T. S. 29 de marzo, núm. 232/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) RJ 2005\3206.

S. T. S. 29 de noviembre, núm. 1229/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades) RJ 2008\32.

S. T. S. 29 enero de 2008 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez) RJ 2008\2063.

S. T. S. 14 de mayo 2008 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Sampedro Corral) RJ 2008\3294.

S. T. S. 11 de diciembre 2008 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) RJ 2009\288.

S. T. S. 29 de abril núm. 282/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías) RJ 2009 \2901.

S. T. S. 16 de noviembre, núm. 776/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) RJ 2010/105.

S. T. S. 11 de mayo 2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) RJ 2010\3691.

S.T.S. 18 de marzo, núm. 160/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trias) RJ 2011\3323.

S. T. S. 14 de abril, núm. 289/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'callaghan Muñoz) RJ 2011\2753.

S. T. S. J.

S. T. S. J. Cataluña 4 de febrero, núm. 3/1999(Sala de lo Civil y Penal) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu) RJ 2000\745.

S. T. S. J. Navarra 30 de marzo, núm. 105/2001 (Sala de lo Social) (Ponente: Ilma. Sra. Carmen Arnedo Díez) AS 2001\1243.

S. T. S. J. Aragón 24 de mayo, núm. 6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435.

S. T. S. J. Andalucía. Granada 27 de enero, núm. 41/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Mª Luisa Martín Morales) JUR 2003\65998.

S. T. S. J. Islas Baleares de 6 octubre, núm. 626/2003 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez) AS 2004\188.

S. T. S. J. Navarra de 7 de abril núm. 5/2006 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi) RJ 2006\3086.

S. T. S. J. Galicia 26 de febrero 2007 (Sala de lo Social Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Antonio José García Amor) JUR 2007\204302.

S. A. P.

S. A. P. Huesca 1 de abril 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro) AC 1993\563.

S. A. P. Sevilla 5 de abril 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García Casas), AC 1993\478.

S. A. P. Valladolid 18 de enero 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal) AC 1994\40.

S. A. P. Lugo 8 de julio 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos) AC 1994\1195.

S. A. P. Tarragona de 20 septiembre 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho) AC 1994\1919.

S. A. P. Barcelona 22 de noviembre 1999 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) AC 1999\8282.

S. A. P. Barcelona de 24 enero núm. 19/2000 (Sección 18ª) (Ponente Ilma. Sra. Margarita Noblejas Negrillo) JUR 2000\142521.

S. A. P. Sevilla 29 de junio, núm. 517/2000 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcos Antonio Blanco Leira) JUR 2000\284712.

S. A. P. Barcelona de 29 septiembre 2000 (Sección 16ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Nuria Zamora Pérez) JUR\2001\19450.

S. A. P. Barcelona 21 marzo 2001 (Sección 11ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López) JUR\2001\208446.

S. A. P. Murcia 30 de octubre, núm. 487/2001 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva) AC 2001\2579.

S. A. P. Cuenca 7 de noviembre, núm. 304/2001(Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura) JUR 2002\19537.

S. A. P. Barcelona 29 de mayo 2002 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) JUR 2002\209033.

S.A.P. Navarra 11 de junio, núm. 142/2002 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Fermín Zubiri Oteiza) AC 2002\1401.

S. A. P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318.

S. A. P. Valencia de 2 noviembre, núm. 743/2002 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca) JUR 2003\30177.

S. A. P. Teruel 16 de abril, núm. 79/2003 (Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco) AC 2003\853.

S. A. P. Barcelona de 22 abril 2003 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Enrique Anglada Fors) AC 2003\2030.

S. A. P. Barcelona 17 de septiembre 2003 (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Laura Pérez de Lazarraga Villanueva) AC 2003\1817.

S. A. P. Barcelona 10 de febrero, núm.69/2004 (Sección 12ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino) JUR 2004\92278.

S. A. P. Cáceres 12 de marzo núm. 28/2004 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano) JUR 2004/97010.

S. A. P. A Coruña 23 de marzo, núm. 60/2004 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Busto Lago) AC 2004\1866.

S. A. P. Cantabria 11 de mayo, núm. 212/ 2004, (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus) JUR 2004\193808.

S. A. P. Valencia de 17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\ 2239.

S. A. P. Barcelona 28 de julio, núm. 493/2004 (Sección 18ª) (Ponente: Ilma. Sra. Margarita Blasa Noblejas Negrillo) JUR 2004\211573.

S. A. P. Murcia 22 de octubre, núm. 264/2004 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortíz) JUR 2004\291709.

S. A. P. Burgos 11 de marzo, núm. 131/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Esther Villimar San Salvador) JUR 2005\108265.

S. A. P. Cádiz 21 de marzo, núm. 11/2005 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel de la Hera Oca) JUR 2005\144287.

S. A. P. Alicante 15 de junio, núm. 297/2005 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Prieto Lozano) AC 2005\1420.

S. A. P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813.

S. A. P. Castellón 10 de octubre, núm. 490/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. Adela Bardón Martínez) AC 2005\1679.

S. A. P. Zaragoza 14 de diciembre, núm. 653/2005 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós) JUR 2006 \24539.

S. A. P. Zaragoza 30 de diciembre, núm. 736/2005 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) JUR 2006\41562.

S. A. P. Huesca 25 de abril, núm. 95/2006 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma) JUR 2006\159067.

S. A. P. Barcelona de 11 mayo, núm. 355\2006 (Sección 18ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors) AC 2006\1844.

S. A. P. Burgos 6 de junio núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757.

S. A. P. Madrid 12 de julio, núm. 82/2006 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Sánchez Sánchez) AC 2007\116.

S. A. P. Girona de 21 marzo, núm. 136/2007 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro) JUR 2007\244134.

S. A. P. Valladolid 3 de mayo, núm. 147/2007 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. José Ramón Alonso-Mañero Pardal) JUR 2007\261722.

S. A. P. Valladolid 1 de junio, núm. 121/2007 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso- Mañero Pardal) JUR 2007\294254.

S. A. P. Murcia de 9 octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Jurisdicción: Civil) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072.

S. A. P. Cantabria 13 de noviembre, núm. 650/2007 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Carlos Fernández Díez) AC 2008\277.

S. A. P. Madrid de 25 enero, núm. 57/2008 (Sección 22ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Híjas Fernández) AC 2008\ 518.

S. A. P. Cádiz 27 de febrero, núm. 53/2008 (Sección 8ª) (Ponente: Ilma. Sra. Lourdes Marín Fernández) JUR\2008\235183.

S.A.P. Madrid de 16 de diciembre, núm. 877/2008 (Sección 12ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Vicente Zapater Ferrer) JUR 2009\160510.

S. A. P. Cádiz de 28 de enero, núm. 54/2009 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo) JUR 2009\156817.

S. A. P. Álava 13 de mayo, núm. 183/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Iñigo Madaria Azcoitia) AC 2009\1541.

S. A. P. Tarragona 10 de junio núm. 208/2009 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Galán Sánchez) AC 2009\1638.

S.A.P. Granada de 3 de julio, núm. 326/2009 (Sección 5ª) (Ponente: Sr. Antonio Mascaró Lazcano) JUR 2009\479760.

S. A. P. Madrid 13 de noviembre, núm. 551/2009 (Sección 19ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López) JUR 2010\70946.

S. A. P. Las Palmas 14 de diciembre, núm. 543/2009 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Martín Calvo) JUR 2010\151772.

S. A. P. León 28 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr Manuel García Prada) JUR 2010\107904.

S. A. P. León 29 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904.

S. A. P. Vizcaya 18 de enero, núm. 51/2010 (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Reyes Castresana García) JUR 2010\149718.

S. A. P. Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo, núm. 153/2010 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. Concepción Macarena González Delgado) AC\2010\1571.

S. A. P. Madrid 7 de junio, núm. 303/2010 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ángel Moreno García) JUR 2010\297926.

S. A. P. Alicante 11 de Octubre, núm. 397/2010 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Julio Calvet Botella) JUR 2011\23585.

S. A. P. Tenerife 11 de febrero, núm. 37/2011 (Sección 4ª) (Ponente: Ilma. Sra. Pilar Aragón Ramírez) JUR 2011\218344.

D. G. R. N.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 22 de febrero 1989 RJ 1989\1696.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 5 de diciembre 1989 RJ\1989\8881.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 25 de enero de 1990 RJ\1990\112.

D. G. R. N. (Mercantil) Resolución 22 de noviembre 1991 RJ1991\8637.

D. G. R. N. (Servicio del Notariado) Resolución de 7 enero 1992 RJ 1992\10736.

D. G. R. N. (Servicio del Notariado) Resolución de 26 octubre 1995 RJ 1996\1686.

R. G. R. N. (Propiedad) Resolución 8 de febrero 2000 RJ 2000\491.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 6 de febrero 2003 RJ 2003\2269.

D. G. R.N. (Bienes muebles) Resolución de 20 marzo 2004 RJ 2004\2391.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 19 de mayo, núm.1/2005 RJ 2005\5615.

D. G. R. N. (Bienes Muebles) Resolución 18 de enero 2006 RJ 2005\1109.

ÍNDICE VOCES

1. Concesión de grado de minusvalía

S. T. S. 27 de enero 1993 (Sala de lo Social) (Ponente: Excmo. Sr. Víctor Fuentes López) RJ 1993\278.

S. A. P. Valencia de 17 junio, núm. 386/2004 (Sección 10ª) (Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Esparza Olcina) AC 2004\ 2239.

2. Responsabilidad Universal

S. T. S. 13 de mayo, núm. 411/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán) RJ 2004\2755.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 22 de febrero 1989 RJ 1989\1696.

D. G. R.N. (Bienes muebles) Resolución de 20 marzo 2004 RJ 2004\2391.

3. Autotutela

S. A. P. Navarra 14 de julio, núm. 108/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez) AC 2005\1813.

4. Aportaciones de las personas jurídicas

D. G. R. N. (Mercantil) Resolución 22 de noviembre 1991 RJ1991\8637.

5. La apreciación de la capacidad de obrar mediante Notario

S. T. S. 19 de noviembre, núm. 1101/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) RJ 2004\6910.

D. G. R. N. (Servicio del Notariado) Resolución de 7 enero 1992 RJ 1992\10736.

6. La reversión de los bienes

S. A. P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318.

S. A. P. Murcia 22 de octubre, núm. 264/2004 (Sección 5ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz) JUR 2004\291709.

7. Subasta pública

S. A. P. A Coruña 19 de julio 2002 (Sección 3ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) JUR 2003\14318.

S. A. P. Teruel 16 de abril, núm. 79/2003 (Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco) AC 2003\853.

S. A. P. Cantabria 13 de noviembre, núm. 650/2007 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Carlos Fernández Díez) AC 2008\277.

8. Indignidad para suceder

S. T. S. 28 de febrero 1947 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Desconocido) RJ 1947\337.

S. A. P. Burgos 6 de junio, núm. 214/2006 (Sección 2ª) (Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina) JUR 2006\228757.

S. A. P. León 29 de diciembre, núm. 636/2009 (Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904.

9. Derecho de uso y habitación

S. T. S. 26 de julio núm. 808/2001 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) RJ 2001\8427.

S. A. P. Lugo 8 de julio 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos) AC 1994\1195.

S. A. P. Barcelona 17 de septiembre 2003 (Sección 1ª) (Ponente: Ilma. Sra. Laura Pérez de Lazarraga Villanueva) AC 2003\1817.

S. A. P. Barcelona 10 de febrero, núm.69/2004 (Sección 12ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino) JUR 2004\92278.

S. A. P. Burgos 11 de marzo, núm. 131/2005 (Sección 3ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Esther Villimar San Salvador) JUR 2005\108265.

S. A. P. Alicante 15 de junio, núm. 297/2005 (Sección 6ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Prieto Lozano) AC 2005\1420.

S. A. P. Murcia 9 de octubre, núm. 214/2007 (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072.

S. A. P. Madrid 13 de noviembre, núm. 551/2009 (Sección 19ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López) JUR 2010\70946.

S. A. P. Madrid 7 de junio, núm. 303/2010 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ángel Moreno García) JUR 2010\297926.

10. Sustitución fideicomisaria

S. T. S. 12 de junio 1956 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Obdulio Siboni Cuenca) RJ 1956\2482.

S. T. S. 20 de marzo 1967 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros) RJ 1967\1665.

S. T. S. 13 de diciembre 1974 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Federico Rodríguez Solano y Espín) RJ 1974\4677.

S. T. S. 3 de noviembre 1989 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda) RJ 1989\7847.

S. T. S. 26 mayo, núm. 452/1997 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) RJ 1997\4234.

S. T. S. 25 de abril 1981 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez) RJ 1981\2166.

S. T. S. 28 de julio, núm. 662/2002 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) RJ 2002\5507.

S. T. S. 18 de marzo, núm. 160/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) (Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trias) RJ 2011\3323.

S. A. P. Tarragona de 20 septiembre 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho) AC 1994\1919.

S. A. P. Barcelona 29 de septiembre 2000 (Sección 16ª) (Ponente: Ilma. Sra. María Nuria Zamora Pérez) JUR 2001\19450.

S. A. P. Madrid 12 de julio, núm. 82/2006 (Sección 9ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Sánchez Sánchez) AC 2007\116.

S. A. P. Girona de 21 marzo, núm. 136/2007 (Sección 2ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro) JUR 2007\244134.

D. G. R. N. Resolución 5 de diciembre 1989 (Propiedad) RJ1989\8881.

D. G. R. N. (Propiedad) Resolución 6 de febrero 2003 RJ 2003\2269.

11. Fiducia parental

S. T. S. 28 de febrero, núm. 133/1996 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) RJ 1996\1269.

S. A. P. Cantabria 11 de mayo, núm. 212/ 2004, (Sección 4ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus) JUR 2004\193808.

S. A. P. Madrid de 16 de diciembre, núm. 877/2008 (Sección 12ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Vicente Zapater Ferrer) JUR 2009\160510.

12. La exención de la colación

S. T. S. 15 noviembre 1989 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Manuel González Alegre y Bernardo) RJ 1989\7886.

S. T. S. 19 de julio 1982 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) RJ 1982\4256.

13. Extinción de la fiducia

S. T. S. 15 de junio 1990 (Sala de lo Civil) (Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo) RJ 1990\4760.

S. T. S. 25 de septiembre, núm. 881/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única) (Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) RJ 2003\6442.

S. T. S. J. Aragón 24 de mayo, núm. 6/2002 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez) RJ 2009\4435.

