

Cómo ayudar a planificar el futuro económico de una persona con síndrome de Down. Segunda Parte

Por María José Alonso Parreño

3. DONACIONES Y OTRAS PROTECCIONES LEGALES EN EL DERECHO PRIVADO.

En ocasiones, los padres con una situación económica que se lo permite, deciden tratar de solucionar, por actos inter vivos, es decir en vida de los padres, los posibles problemas económicos futuros de su hijo con discapacidad.

EN RESUMEN | El artículo describe las múltiples posibilidades que el derecho español ofrece para apoyar al hijo con síndrome de Down en la planificación de su futuro económico. La comprensión de las distintas opciones, el discernimiento de cuáles son más adecuadas y la elección de figuras concretas (que puede ser provisional en la infancia y juventud para luego, cuando alcance la edad adulta y cuente con un plan de vida, tornarse en definitiva) no es sencilla. Lo principal es establecer primero el plan de vida del hijo, aunque sea temporal y aunque luego se precisen modificaciones. Después, sobre el plan elegido, sea provisional o definitivo, es preciso determinar cuáles son los apoyos en el aspecto económico que necesitará para llevarlo a cabo. Es muy importante contar con un buen asesoramiento jurídico y, si es necesario, con algún experto en productos financieros..

3.1. Donación pura y simple del pleno dominio de un bien o de un derecho real sobre el mismo

Mediante el otorgamiento de una o varias donaciones se puede constituir un patrimonio que garantice su subsistencia futura. Se puede añadir una prohibición de disponer por parte del donatario, una vez fallecido el donante, que sea de carácter absoluto, o mejor que permita disponer en caso de necesidad, exigiendo para este supuesto el consentimiento de una persona distinta del tutor, además del de este (si lo hubiera), pudiendo dispensar si se desea de la autorización judicial exigida por el artículo 271-2º del Código Civil Español. Los donantes tendrán que tener en cuenta que sólo podrán revocar la donación efectuada en el caso de que tuviesen nuevos hijos o resultase estar vivo alguno que reputasen muerto al efectuar la donación. Es decir, que hay que sopesar detenidamente las ventajas e inconvenientes del sistema, que pueden resumirse en las siguientes:

a) Ventajas

1. La titularidad de los bienes donados va a corresponder desde ya a su hijo con discapacidad y gozará desde ya de las ventajas fiscales que pudiera tener como persona con discapacidad.
2. La administración y disposición de los bienes donados va a seguir correspondiendo a los propios padres donantes, mientras vivan ambos, o al último de ellos que sobreviva, en virtud de

MJ ALONSO
es doctora en Derecho, Presidenta de la Fundación ALEPH y asesora jurídica en Canal Down21 (www.down21.org)

la representación legal de la persona con discapacidad que comporta su patria potestad prorrogada o rehabilitada (si ha habido previa incapacitación), o en virtud de la guarda de hecho de los padres que viene siendo cada vez más utilizada, con dificultades serias en la práctica únicamente en la enajenación de bienes inmuebles.

b) Inconvenientes

1. Que la administración de los bienes por parte de los padres estará sujeta a las reglas y limitaciones establecidas en el Código Civil.
2. El coste fiscal de la donación puede ser superior al de la sucesión hereditaria (hay que analizarlo en cada caso, pues se trata de un impuesto autonómico).
3. La necesidad de autorización judicial para la venta del inmueble salvo que se hubiera previsto la figura del administrador del art. 227 del Código Civil.
4. Si el hijo con discapacidad falleciera sin descendientes antes que el padre donante y continuase el bien donado en el patrimonio del hijo, se produciría la reversión de dicho bien al donante (art. 812 Código Civil).

Para evitar que los hermanos puedan molestar al que tiene discapacidad con peticiones de reducción basadas en sus derechos legitimarios, los padres deberán hacer constar que la hacen en concepto de mejora, y hacer determinadas manifestaciones.

Otra posibilidad es que los padres donen dinero al hijo para comprar un determinado bien, también haciendo constar que es en concepto de mejora, etc.

En lugar de donar el pleno dominio de un bien, por ejemplo un piso, también se puede donar un derecho real sobre el mismo, por ejemplo el usufructo o un derecho de habitación en un piso. Pueden los padres, por ejemplo, donar al hijo con discapacidad el derecho de usufructo de un piso quedando la nuda propiedad en sus manos, para después atribuir en testamento esa nuda propiedad a quien deseen, por ejemplo un hermano, de forma que cuando fallezca el hijo con discapacidad se consolide el pleno dominio en manos de quien en ese momento sea titular de la nuda propiedad. La administración del piso permanecería en manos de los padres mientras viviesen y luego pasaría al tutor o administrador que ellos designasen.

En cuanto a la donación de un derecho de habitación, que no es enajenable ni arrendable, serviría para dejar resuelto el problema de la vivienda del hijo con Síndrome de Down. En la donación de ese derecho de habitación deberán dejar perfectamente determinados los derechos y obligaciones del habitacionista (el hijo con discapacidad) y si su derecho se extenderá a ocupar todas las habitaciones de la casa o solamente unas dependencias determinadas. Con arreglo al artículo 822 del Código Civil en su redacción desde 2003, la donación de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

3.2. Donación con reserva de la facultad de disponer

Otra fórmula para evitar la necesidad de autorización judicial en caso de que haga falta disponer de los bienes (venta o hipoteca), es que los padres donantes, al otorgar la donación se reserven la facultad de disponer con arreglo al art. 639 del Código Civil. Esta reserva tiene carácter personalísimo y es intransmisible y se extingue al fallecimiento del donante. La facultad de disposición que se reserva el donante puede comprender cualquier acto de disposición y puede serlo para cualquier caso y circunstancia o para algún supuesto concreto. Establecida esta reserva de la facultad de disponer, el donatario podrá, con autorización judicial, disponer de los bienes adquiridos por donación, pero sus actos de enajenación o gravamen quedarán afectados de resolución en el supuesto de que el donante ejercite la facultad de disponer reservada, facultad que si se trata de bienes inmuebles, se habrá hecho constar en el Registro de la Propiedad al inscribirse la donación de los mismos, como una limitación del dominio adquirido por el donatario (el hijo).



3.3. Donación con reserva del usufructo normal o de disposición

Con arreglo a esta figura, los padres podrán donar a su hijo con síndrome de Down determinados bienes reservándose, mientras vivan, el usufructo de los mismos, con lo que el donatario tendrá sólo, mientras vivan los donantes o uno de ellos la nuda propiedad de los bienes donados. Este tipo de donación puede tener la ventaja para los padres de suprimir el inconveniente relativo a la administración de los bienes señalado anteriormente para las donaciones puras y simples.

Para resolver los inconvenientes derivados de la necesidad de solicitar autorización judicial para que los padres, como representantes legales puedan disponer de los bienes donados, cabe reservar no el usufructo normal sino el usufructo de disposición pactado según lo dispuesto en los artículos 467 y 470 del Código Civil, que sería lo más ventajoso. Si se hace este tipo de reserva, los actos de enajenación o gravamen que, en su caso realicen sobre los mismos, no los realizarán como representantes legales del donatario con discapacidad, sino como titulares de una facultad integrante del derecho de usufructo que se reservaron y en consecuencia no necesitarán autorización judicial.

3.4. Donación onerosa o modal

Los padres pueden emplear este tipo de donación para beneficiar de manera indirecta a su hijo con discapacidad. En este caso el donatario será otra persona, por ejemplo un hermano o una entidad y se le impondría a este el modo o carga de cuidar y asistir a la persona con discapacidad en la medida y con el alcance que se determinase en la donación.

Si el donatario no cumple con esta carga se puede revocar la donación. Si no se quiere encomendar la tarea de cuidado y asistencia hasta que fallezcan los padres, puede establecerse el modo para cuando fallezcan los padres, quedando facultados los herederos o el albacea para revocar la donación si el donatario no cumple.

3.5. Donación reversional

Existe también la posibilidad de utilizar la figura de la donación con cláusula de reversión. Esta reversión puede consistir en que el donante recobre el bien cuando fallezca el donatario o que el bien pase a manos de un tercero designado en la donación. La reversión opera de manera automática produciendo efectos retroactivos respecto a las enajenaciones y gravámenes efectuadas por el donatario que se resuelven de modo automático. Por ejemplo, se puede otorgar una donación a favor de un hijo con discapacidad para que si este fallece sin descendientes antes que el donante reviertan a este los bienes donados.

También se puede añadir al pacto de reversión a su favor, una *sustitución a favor de sus herederos*, de alguno de ellos o por ejemplo de una fundación tutelar, para el caso de que los donantes falleciesen antes que el donatario. Y se puede también condicionar la sustitución vulgar al evento que tengan por conveniente, por ejemplo «si el designado sustituto hubiera cuidado y atendido a la persona con discapacidad en todo el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del último de los donantes hasta el fallecimiento del donatario».

Finalmente, pueden los padres donantes optar por una reversión directa a favor de tercero, ya sea pura o condicionalmente, en los supuestos en que los padres no estén en condiciones de prestar los cuidados que se requiera y se decida utilizar los servicios de una institución. En tal caso, pueden efectuar la donación a favor de su hijo con discapacidad disponiendo que, al fallecimiento de este, reviertan los bienes donados a esa institución, bajo la condición de que por la misma se le hayan prestado durante su vida la asistencia y cuidados necesarios. Cabe también efectuar la donación bajo condición resolutoria, o con la carga de cuidar y atender a la persona con discapacidad y con el pacto de reversión para el caso de que el donatario no cumpliera la condición a favor de los padres donantes o del último que sobreviva y, si ambos hubiesen fallecido, a favor del propio hijo con discapacidad.

3.6. Otras fórmulas de protección

La Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad introdujo en nuestro derecho otras fórmulas de protección, que aun no han sido comentadas y que son interesantes para el objeto de este artículo.

a) Nueva causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato

Con arreglo al artículo 756 número 7º del Código Civil, no podrá heredar a una persona con discapacidad quien no le preste alimentos.

b) Gastos no colacionables, los invertidos en necesidades especiales de un hijo o descendiente con discapacidad

En efecto, conforme al segundo párrafo del artículo 1041 del Código Civil en su redacción desde 2003: «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad». Es decir que estos gastos no computan a la hora de calcular la legítima, y no merman la herencia del hijo que tiene discapacidad.

c) Regulación del contrato de alimentos

Es un contrato por el cual una de las partes se compromete a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante toda su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes (muebles o inmuebles) y derechos. Este contrato, aunque ya existía en nuestro Derecho con anterioridad a la ley 41/2003, fue introducido en

nuestro Código Civil por esta ley mediante la adición de los nuevos artículos 1791 a 1797 del Código Civil que lo regulan.

De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente.

La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.

La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero (muerte del alimentista, la persona con discapacidad a los efectos de este artículo).

El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los alimentos devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.

Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

4. PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad introdujo en nuestro Derecho esta figura con el fin fomentar la creación de un patrimonio para la persona con discapacidad al que pudieran contribuir distintos miembros de su familia con un solo sistema de administración, con beneficios fiscales y evitando la necesidad de incapacitar y la venta en pública subasta para la enajenación de bienes inmuebles.

La Exposición de Motivos de la ley hablaba de la regulación de una masa patrimonial que quedaba inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad, de favorecer la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

4.1. Beneficiarios

- a) Las personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento.
- b) Las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

4.2. Pueden constituirlo:

- a) La propia persona con discapacidad que tenga capacidad de obrar
- b) Sus padres, tutores o curadores, cuando no tenga plena capacidad de obrar
- c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica.

4.3. Solicitud de terceros. Cualquier persona puede solicitar de la persona con discapacidad o su representante legal la constitución de un patrimonio protegido ofreciendo una aportación de bienes y derechos.

4.4. Forma. El patrimonio protegido se constituirá en documento público o por resolución judicial. El contenido mínimo de dicho documento público (escritura) o resolución será el siguiente:

- a) La relación 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
- c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

4.5. Aportaciones

Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas para su constitución (escritura pública o resolución judicial). Las aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término, manteniéndose hasta la extinción del patrimonio. Cuando se trate de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad se hará constar que se integra en un patrimonio protegido o que sale de él.

4.6. Cómo se administra

La ley diferencia, en cuanto a las reglas de administración, dos supuestos:

- 1) Cuando el constituyente sea el propio beneficiario del mismo (supuesto en que la persona con discapacidad tendrá plena capacidad de obrar), 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 de constitución.
- 2) En los demás casos, las reglas de administración 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 las normas de derecho civil, foral o especial que fueran aplicables.

No obstante se podrá 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 del beneficiario, la solvencia del administrador, etc.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido.

4.7. Ventajas

- a) Reversibilidad
- b) Ventajas fiscales

Las dos grandes ventajas que se incluyeron al elaborar el texto original fueron la reversibilidad y las ventajas fiscales, y de estas ventajas depende el éxito práctico de esta figura del patrimonio protegido.

La reversibilidad quiere decir que los aportantes podrán, al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido (bien por muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad, o bien porque deje de ser discapacitada). Por ejemplo un tío del discapacitado podrá aportar un piso al patrimonio protegido haciendo constar que cuando fallezca su sobrino discapacitado el piso volverá a su patrimonio o al de sus herederos.

En cuanto a las ventajas fiscales, el texto original no estaba redactado con una técnica muy depurada pero era, sin embargo, mucho más generoso. Se preveía una “no sujeción” a clase alguna de tributos de los patrimonios protegidos, de las entidades administradoras en cuanto a dichos patrimonios, y de los beneficiarios en cuanto a dichos patrimonios y sus rentas. Las aportaciones iniciales y sucesivas tampoco estaban “sujetas” a tributos, especialmente los incrementos o disminuciones patrimoniales que se pusieran de manifiesto con ocasión de las aportaciones y también en cuanto al Impuesto de Sucesiones y Donaciones del beneficiario y serían objeto de reducción en la base imponible del IRPF o del IS.

La redacción definitiva de la ley dejó cortos los beneficios fiscales e impuso unos requisitos

formales demasiado exigentes y unas consecuencias de la disposición de los bienes antes de los cinco primeros años de su aportación, que han provocado un uso reducido de la figura, como ha manifestado Leña Fernández, padre de la idea, en diversas ocasiones.

De estas consecuencias de devolución de beneficios fiscales cuando se dispone de los bienes antes de los cinco primeros años de su aportación solo se exceptúa el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, excepción introducida por la Ley 1/2009 de 25 de marzo.

Hace años que en la citada Ley 1/2009 el Gobierno recibió el mandato de reformar su régimen fiscal, presentando un proyecto de ley para finales de 2009. Aún no se ha acometido dicha reforma.

5. PRODUCTOS FINANCIEROS

Existen muchas modalidades y es recomendable acudir a un experto en ellos.

5.1. Contrato de seguro

Cabe citar el seguro de pensión vitalicia inmediata, el seguro de vida mixto a prima única, el seguro de pensión temporal inmediata y el seguro combinado de pensión temporal inmediata.

En el seguro de pensión vitalicia inmediata hay dos modalidades a capital cedido y a capital reservado. En la primera opción, la compañía aseguradora, a cambio de una prima única inicial se obliga a pagar, inmediatamente de celebrado el contrato, una pensión periódica durante la vida de una o dos personas. En la segunda de las opciones se pacta lo mismo que en la primera, pero además, cuando se produce el fallecimiento del/los asegurados (padres de la persona con síndrome de Down), se entrega al beneficiario designado un capital consistente en la prima única aportada.

En el seguro de vida mixto a prima única la compañía aseguradora, a cambio de la prima única que recibe se obliga a pagar al asegurado al vencimiento de un plazo estipulado el capital asegurado pero lo percibirá el beneficiario designado (el hijo con síndrome de Down) si el/los asegurados han fallecido antes (los padres).

En el seguro de pensión temporal inmediata la compañía aseguradora, a cambio de la prima única que percibe, se obliga a pagar, durante un período de tiempo predeterminado contractualmente una pensión estipulada, al asegurado o asegurados una pensión estipulada, pero además, una vez que se cumpla el plazo, si sobrevive el asegurado o alguno de ellos, recibirá el capital estipulado y si no sobreviviere ninguno



percibirá como capital la prima única aportada el beneficiario designado en el contrato (el hijo con síndrome de Down).

Finalmente en el seguro combinado de pensión temporal inmediata las obligaciones de la compañía aseguradora son las mismas que en el supuesto anterior solo que el beneficiario recibirá el capital asegurado en lugar de la prima única aportada.

5.2. Mutualidades de Previsión Social

Son entidades aseguradoras sin ánimo de lucro y pueden cubrir contingencias de muerte, viudedad, orfandad y jubilación, garantizando prestaciones en forma de capital o rentas periódicas.



5.3. Los planes y fondos de pensiones

Existen planes y fondos de pensiones a favor de personas con discapacidad y a los que pueden contribuir los familiares con una desgravación fiscal en el IRPF, de cuantía en este momento igual a la del patrimonio protegido. Por el momento el tope máximo de desgravación es común, así que no se incentiva el uso simultáneo de las dos figuras.

5.4. El contrato de renta vitalicia

Por virtud de este contrato, regulado en los artículos 1802 a 1808 del Código Civil, los padres de la persona con SD pueden transferir a una persona física o jurídica el dominio de bienes muebles o inmuebles o un capital en metálico a cambio de que el adquirente se obligue a pagar una renta o pensión anual a su hijo con discapacidad mientras viva. Nada impide que la renta se cobre mensualmente.

Por tanto perfectamente puede contratarse con una persona física o con una persona jurídica que no sea una entidad financiera, aunque se incluye en este punto 5 del apartado II de este artículo y no en el punto 3 tras el contrato de alimentos, por entender que lo más frecuente es que se haga con una entidad financiera.

CRITERIOS PARA ELEGIR

Aunque es difícil aventurar recetas válidas para la generalidad de los casos se apuntan algunos criterios, adicionales a las preferencias de nuestro hijo con síndrome de Down sobre dónde y con quien vivir y como administrar sus bienes:

- La edad de nuestro hijo con discapacidad y la existencia de un plan de vida lo cual es difícil que ocurra antes de llegar a la edad adulta.
- La existencia o no de hermanos y su edad.
- La existencia o no de un patrimonio familiar consolidado y su composición (si hay bienes susceptibles de producir rentas suficientes o no).
- El deseo y la posibilidad de apoyar una vida independiente para nuestro hijo.
- La confianza entre los hijos o previsión de desavenencias por razón de herencia.
- La confianza o no en que nuestro cónyuge en un futuro vaya a hacer un reparto mejor que el que nosotros podamos prever ahora.

- Las rentas del trabajo que nuestro hijo pueda generar. Esto es algo que cada vez va a tener un peso mayor y que hasta cierta medida es compatible con pensiones públicas, según hemos visto.
- La conveniencia o no de que una persona jurídica (por ejemplo una fundación tutelar) sea un apoyo principal o accesorio de nuestro hijo en función de que exista o no una red familiar suficiente y preparada para desempeñar este rol.
- La conveniencia o no de que nuestro hijo disponga de manera muy autónoma de una renta mensual pero que existan cautelas para la administración o disposición de bienes de una cuantía determinada.
- El deseo o no de evitar una incapacitación motivada únicamente por razones patrimoniales.
- El deseo o no de evitar la autorización judicial en caso de enajenación de inmuebles, venta en pública subasta, etc.
- El tratamiento fiscal de cada figura teniendo en cuenta que puede cambiar en el tiempo.

CONCLUSIONES

Nuestro derecho ofrece múltiples posibilidades para apoyar a nuestro hijo con síndrome de Down en la planificación de su futuro económico. La comprensión de las distintas opciones, el discernimiento de cuales son más adecuadas y la elección de figuras concretas (que puede ser provisional en la infancia y juventud de nuestro hijo, para luego cuando alcance la edad adulta y cuente con un plan de vida tornarse en definitiva) no es sencilla.

Lo principal es establecer primero el plan de vida de nuestro hijo, aunque en un primer momento sea temporal, y aunque luego, como nada es definitivo en esta vida, se precisen modificaciones. Después, sobre el plan elegido, sea provisional o definitivo, es preciso determinar cuales son los apoyos en el aspecto económico que necesitará para llevarlo a cabo. Es muy importante contar con un buen asesoramiento jurídico, asesoramiento que pueden proporcionar notarios y abogados especializados pero también, en lo que se refiere a productos financieros, expertos en estas materias.

BIBLIOGRAFÍA

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: El notario y la protección del discapacitado, Madrid, Consejo General del Notariado, 1997.

CERMI: “Consideraciones y propuestas de reforma de la fiscalidad del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, enero 2012. Disponible en web: <http://www.cermi.es/es-ES/Novedades%20e%20informaci%3%b3n%20de%20interes/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPubb=1331> [Consulta: 28 junio 2012]