
MEDIOS DE PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO

Fernando Pascual de Miguel

Notario

Como pone de relieve RAFAEL LEÑA FERNANDEZ, una de las mayores inquietudes de los padres de un discapacitado es la de asegurar su sustento y cuidados para cuando ellos falten. Para solventar esta inquietud, nuestro derecho dota a esos padres de los medios adecuados que garanticen que tales hijos recibirán esos cuidados necesarios mas allá de su propia existencia.

La primera recomendación que ha de hacer el notario o asesor jurídico a estos padres es doble: de una parte, la conveniencia de promover la declaración judicial de incapacitación del disminuido; de otra, que otorguen disposiciones por actos inter vivos destinadas a procurarle un patrimonio suficiente que asegure su sustento y que otorguen testamento que incluya disposiciones que complementen las realizadas por actos inter vivos

Por lo tanto interesa destacar tres grandes medios de tutela o protección de los intereses del discapacitado.

A) PROMOVER LA DECLARACION JUDICIAL DE INCAPACITACION DEL DISMINUIDO

La incapacitación judicial tiene lugar mediante un procedimiento judicial que concluye por sentencia y cuya finalidad es la de declarar la limitada o nula capacidad de obrar del disminuido que no puede gobernarse por sí mismo (art. 200 CC).

La conveniencia de la incapacitación es clara porque si el hijo es menor de edad se prorroga la patria potestad de los padres que continuarán con la representación y administración legal de la persona y bienes del incapacitado (arts. 171 y 154 y ss). Si ese hijo es mayor y soltero y vive en casa de los padres se rehabilitará la patria potestad de tales padres, y hasta que insten el correspondiente procedimiento de incapacitación podrán ejercer la guarda de hecho de los arts. 303 y ss.

Para incapacitar a una persona es necesario Abogado y Procurador y el Ministerio Fiscal asumirá la defensa del presunto incapaz (art. 207). La sentencia de incapacitación que en su caso recaiga, determinará la extensión y límites de ésta, es decir, los actos que puede o no puede realizar por sí solo el incapacitado, entre los que conviene destacar si puede contraer matrimonio y otorgar testamento (arts. 56 y 665); y el régimen de tutela o guarda a que se somete el incapacitado que puede ser el de la patria potestad prorrogada, rehabilitada en los términos aludidos, la tutela o curatela.

Una vez incapacitado el hijo, pueden los padres sentir la necesidad de realizar actos dispositivos a favor del discapacitado o de otros hijos o de terceros para subvenir a las necesidades futuras de ese hijo.

B) DISPOSICIONES POR ACTOS INTER VIVOS DIRIGIDAS A PROCURAR EL SUSTENTO DEL DISMINUIDO Y QUE PUEDEN SER COMPLEMENTADAS CON DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Tienen por finalidad solucionar por actos inter vivos, y en todo o en parte, los problemas futuros del disminuido y pueden ser complementadas, modificadas e, incluso, validadas respecto al resto de los hijos mediante las oportunas disposiciones testamentarias. Cabe centrarnos en las siguientes:

1. LAS DONACIONES: cabe destacar las siguientes clases:

- a. - La donación pura del dominio o de otro derecho real a favor del discapacitado y cuya administración queda en manos de los padres como representantes legales. (art. 618, 162 y 164 CC).

- b. - La donación con reserva de la facultad de disponer a favor de los donantes por virtud de la cual los padres podrán disponer del bien donado a o de alguna cantidad con cargo a lo donado. (art. 639 CC).
- c. - La donación con la reserva del usufructo normal en cuyo caso los donantes están donando la nuda propiedad y la administración del bien donado les corresponde por derecho propio como usufructuarios. (arts. 467 y ss).
- d. - La donación con reserva del usufructo de disposición en cuyo caso los donantes pueden disponer de la totalidad del bien donado aunque solo sean titulares del usufructo. (art. 470 CC).
- e. - La donación modal a favor de persona distinta al disminuido (hermano o entidad que presta atenciones) a la que se impone como carga prestar las atenciones necesarias al discapacitado quedando facultados los padres o, por su fallecimiento, el albacea, para revocar la donación si el donatario no cumple esta obligación. (art. 648 CC).
- f. - La donación reversional a favor de tercero, en cuyo caso el donatario es el disminuido y se dispone que a su fallecimiento reviertan los bienes a tercero (hermano, extraño o entidad) siempre que hubiera prestado las atenciones necesarias a aquel. También puede configurarse al revés, es decir, el donatario es el tercero y se dispone la reversión al discapacitado por incumplimiento de la condición de que se presten las atenciones. (art. 641 CC).

2. LOS CONTRATOS ALEATORIOS, cabe destacar:

- a. - El seguro: de los que existen diversas modalidades por lo que es recomendable la remisión a un especialista en esta materia, si bien cabe recordar que el beneficiario puede nombrarse en testamento o escritura pública conforme al art. 84 de la ley de 8 de octubre de 1980 de contrato de seguro.
- b. - Mutualidades de previsión social, que permite asegurar la orfandad del beneficiario disminuido con la recepción por parte de éste de una pensión vitalicia o un capital. Se rige por la ley de 8 de noviembre de 1995 de ordenación y supervisión de seguros privados.
- c. - Planes de pensiones: permite a los padres prever, juntamente con la jubilación, la orfandad del hijo disminuido. Se rige por la ley de 8 de junio de 1987 sobre fondos de pensiones.
- d. - El contrato de renta vitalicia que recoge los arts. 1802 y ss del CC y que puede configurarse siendo beneficiario el disminuido u otra persona o entidad que recibe la renta y destina su importe a subvenir las necesidades de aquél hasta su muerte, y cuyo cumplimiento puede garantizarse mediante pacto resolutorio o hipoteca.
- e. - El vitalicio, que se presenta como una variante de la renta vitalicia pero que tiene como contenido los cuidados y alimentos del discapacitado por lo que puede asegurarse su cumplimiento, no con la hipoteca del art. 157 LH, sino con una hipoteca de máximo dada la necesaria cuantificación de la obligación asegurada.

3. LOS PACTOS SUCESORIOS: nos centraremos en los que son posibles en el ámbito del derecho común y que contempla el CC en los artículos 826 y 827 sobre la mejora de los que resultan las siguiente posibilidades a los efectos de lo que nos interesa

- a. - La promesa de mejorar a un hijo frente a los demás si cumple las atenciones necesarias para el disminuido. Por tanto, aunque irrevocable, cabe someter el pacto a esta condición, y por su incumplimiento revocarlo.
- b. - La promesa de mejorar al disminuido y aceptada por los representantes legales.
- c. - La promesa de no mejorar al disminuido mientras los hermanos presten las atenciones necesarias. Por tanto sometida a esta condición.
- d. - El pacto de mejora celebrado con un tercero del art. 827 y que bien podría ser una institución beneficiaria a la que se hace el pago de una cantidad periódica y se mejora al disminuido con una donación que revertirá a su muerte a aquella institución siempre que aquella haya cumplido las atenciones necesarias.

C) OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO

Como hemos adelantado es conveniente que los padres otorguen testamento y su contenido esté integrado, por lo que a este trabajo se refiere, por tres clases de disposiciones testamentarias perfectamente diferenciadas.

C. 1. - Disposiciones dirigidas a solucionar los problemas derivados de la incapacidad del disminuido para tomar decisiones sobre su persona y bienes cuando se extinga la patria potestad por su fallecimiento. Estas disposiciones básicamente son las siguientes: modo por el causante en la institución de heredero o adquisición de legado a favor de los demás hijos, y contar y partir y pagar las legítimas en metálico a los demás hijos usando de la facultad encomendada por el testador al amparo de los arts. 841 y ss.

C. 2. - Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad del disminuido para subvenir a su propio sustento y cuidado. Pueden ser de tres clases: las que refuerzan la posición del cónyuge supérstite que va seguir cuidando del discapacitado, las que favorecen directamente al disminuido y las que le favorecen indirectamente.

1. - Disposiciones que refuerzan la posición del supérstite para que éste tenga los menores problemas económicos y no pueda verse afectado por las legítimas reclamaciones hereditarias de los hermanos del disminuido. Cabe destacar:

- a. - La fiducia sucesoria del art. 831 CC que atribuye al viudo las facultades de distribuir los bienes del consorte y mejorar a los hijos comunes sin más límite que la legítima estricta y que es figura de gran utilidad cuando los padres son jóvenes y los hijos pequeños de manera que se desconoce cual será la actitud de éstos el día de mañana con relación al disminuido.
- b. - La prohibición de partir la herencia del art. 1051 CC durante la vida del supérstite para mantener el patrimonio indiviso encomendándole su administración nombrándole albacea o administrador.
- c. - El legado de usufructo universal al supérstite garantizándolo con la cautela socini por virtud de la cual el viudo recibe toda la herencia en usufructo con la consiguiente administración y los hijos la nuda propiedad. Si éstos no admiten la disposición testamentaria, el viudo recibiría en pleno dominio el tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora y los hijos su legítima estricta.
- d. - Designación de albacea universal a que ya nos hemos referido con anterioridad con lo que la posición del viudo queda reforzada al ser el encargado de velar por la total ejecución de la última voluntad de su consorte.

2. - Disposiciones patrimoniales directamente favorables para el disminuido. Tiene por finalidad dotarlo de un patrimonio que permita a los encargados de su custodia, una vez fallecidos los padres, de:

2.1. - el nombramiento de tutor que es conveniente según los arts. 215 y ss porque:

- a - Esta disposición, en principio, vincula al juez.
- b - Pueden nombrar tutor para la persona y/o bienes del discapacitado.
- c - Pueden hacer varios nombramientos sucesivos en caso de producirse vacante en cuanto al primer nombrado o pueden establecer que los varios tutores que actúen simultáneamente lo hagan con carácter solidario o mancomunado.
- d - Pueden excluir las personas que no desean que ejerzan la tutela.
- e - Pueden establecer órganos de fiscalización de la tutela que controlen la función del tutor.
- f - Pueden establecer reglas de administración e incluso de disposición de los bienes del tutelado que deberán observarse por el tutor.
- g - Pueden prever el internamiento del tutelado en un centro de educación especial adecuado.
- h - Y finalmente, porque las disposiciones de los padres en materia de tutela pueden fijar la retribución del tutor, disponer que el tutor perciba los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos, exigir o dispensarle de la prestación de fianza para el desempeño del cargo aunque el juez puede hacer caso omiso de la dispensa, y establecer disposiciones en orden a la convivencia, educación o formación del disminuido.

2.2. - El nombramiento de curador; que a diferencia del tutor no suple la falta de capacidad del incapacitado,

sino que la complementa como resulta de los arts. 289 a 291 y respecto del que es predicable las disposiciones testamentarias aludidas en cuanto a nombramiento, alternativas, delimitar facultades y ámbito de actuación dentro de los límites de la sentencia de incapacitación.

2.3. - El nombramiento de administrador, que puede ser conveniente cuando uno de los padres teme que, a su muerte, el otro no va a administrar adecuadamente el patrimonio del disminuido ya sea por inexperiencia, debilidad de carácter, separación o divorcio.

2.4. - El nombramiento de albacea, que es cargo de confianza y cuya finalidad es la de ultimar la sucesión del causante si se le nombra con carácter universal o cumplir los mandatos del testador si es particular. En nuestro caso, lo recomendable es el albacea universal, y con relación al disminuido, se ocupará de entregarle sus legados, velar por la actuación del tutor, curador o administrador, velar por la prestación de cuidados y atenciones al disminuido puestos como condición o subvenir a sus futuras necesidades, bien con los frutos de ese patrimonio, bien realizando las enajenaciones pertinentes cuando resulten útiles o necesarias. Cabe destacar las siguientes:

a. - La mejora: con lo que se adjudica al discapacitado una mayor porción hereditaria que la que le correspondería por ley pudiendo abarcar tanto el tercio de mejora como el de libre disposición. La mejora puede hacerse por actos inter vivos (mediante donaciones no colacionables) o en el propio testamento por vía de legado que es lo recomendable porque la adquisición se opera automáticamente y se elude la responsabilidad ultra vires hereditatis del discapacitado o por vía de institución de heredero.

Admite diversas modalidades como son:

- la mejora de cuota del art. 832 CC
 - la mejora en cosa cierta del art. 829 CC
 - o la mejora de cuota con asignación de cosa o de cosa cierta con señalamiento de cuota según sea voluntad del causante que se cubra o no la cuota. Y si hubiera exceso jugaría el art. 829 CC.
- b. - La atribución al disminuido del todo o parte de la herencia ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios del art. 841 y ss CC. Y que presenta gran utilidad en aquellos casos en que los padres, jóvenes todavía, no tienen un patrimonio suficientemente definido ni estabilizado, pero desean que, cuando fallezcan, pase todo lo que tengan al disminuido dejando a los demás la legítima estricta en dinero.
- c. - el legado de pensión periódica, alimentos y educación que tienen respectivamente por finalidad dotar al hijo disminuido una renta periódica durante el resto de sus días sea anual, mensual o semanal (art. 880) o de los alimentos necesarios para el resto de sus días (art. 879) o de la educación especial que requiera el interés del disminuido (art. 879.1) y que pueden configurarse con carácter obligacional (en cuyo caso cabe asegurar su cumplimiento con hipoteca o condición resolutoria y pedir anotación preventiva del art. 42 LH) o con carácter real como gravamen que pesa sobre determinados bienes que se dejan al heredero (en cuyo caso cabe pedir anotación preventiva del derecho del discapacitado vía art. 47 LH).
- d. - El legado de usufructo: es la modalidad de legado que suelen preferir los padres del discapacitado que entienden que lo mejor es no dejar la propiedad de bienes al disminuido ante el temor de su posible enajenación. El legado puede recaer sobre concretos bienes, sobre parte de la herencia o sobre la totalidad garantizándose con una cautela socini. Por lo demás, estos legados posibilitan que la nuda propiedad se disponga a favor de los demás hijos puramente o con la condición o el modo de atender y cuidar al disminuido mientras viva y disponiendo que a su fallecimiento el usufructo se consolide con su nuda propiedad.
- e. - El legado de habitación; que tiene gran utilidad cuando los padres quieren dotar al discapacitado, y para el resto de sus días, de un techo sin la preocupación de la posible enajenación de la vivienda o disposición de este derecho ya que es inalienable y no se puede arrendar ni traspasar a otro por ningún título (art. 523 y ss CC).

C. 3. - Disposiciones patrimoniales indirectamente favorables al disminuido. Cabe destacar

a. - La institución de heredero o nombramiento de legatario bajo condición a favor de tercero consistiendo la condición en la prestación de atenciones y cuidados al disminuido y que puede configurarse tomando como base la institución de heredero:

a.1 - Bajo condición suspensiva, que puede revestir tres modalidades:

- institución condicional genérica (a favor de aquel de los hijos que cumpla la condición). Tiene sentido cuando los hijos del testador aun son pequeños y los padres desconocen que hijo será el mas adecuado para prestar los cuidados.
- institución condicional alternativa (a favor de este hijo y este hijo o de estos concretos hijos). Tiene sentido cuando los padres saben o intuyen qué hijos cumplirán con los cuidados.
- institución condicional sucesiva (a favor de este hijo, y en su defecto, de este otro).

En todos estos casos la administración de los bienes se rige por los arts. 801 y ss CC y la enajenación de bienes por el art. 804 que remite al régimen del ausente y permite la disposición en los casos de utilidad o necesidad. Pero el testador puede eludir la aplicación de tales artículos ordenando la administración por el albacea o por administrador específico fijando el contenido de esa administración, y permitiendo la enajenación en casos de necesidad o utilidad que sería apreciada por la persona señalada. Albacea o administrador, y bajo el principio de subrogación real quedando excluida la intervención judicial.

Por lo demás el cumplimiento o incumplimiento de la condición será apreciado por el albacea y en su defecto, los interesados podrán acudir al juez.

a.2 - Institución de heredero o nombramiento de legatarios bajo condición resolutoria: consistiendo la condición en la falta de prestación de cuidados y atenciones, es decir, configurándose como negativa y que resuelve el llamamiento del heredero o del legatario ya que si no se produce esta resolución automáticamente habría modo y no condición como resulta del art. 797. Podemos distinguir tres momentos:

- pendiente conditione: el heredero o legatario adquiere la cualidad de tal y tiene la administración de los bienes vía arts. 1113 y ss CC y la posibilidad de disponer pero sujeta la enajenación a la resolución por incumplimiento.
- deficiente conditione: se consolida el llamamiento, por ello es conveniente el nombramiento de albacea que verifique que no se está cumpliendo la condición. El momento se producirá a la muerte del discapacitado, momento en que ya no podrá cumplirse la condición.
- existente conditione: se resolverá el llamamiento como ya hemos dicho.

b. - La institución de heredero o legado bajo modo, consistiendo el modo en la prestación de los cuidados. En este caso el modo se erige en una obligación impuesta por el testador pero que no actúa como condición. Y cabe destacar las siguientes consideraciones:

- que se precise suficientemente el contenido del modo para despejar dudas de si es obligación o condición (art. 797 CC).
- que se prohíba la partición de la herencia hasta el fallecimiento del último de los padres.
- que se ordenen reglas de disposición de los bienes recibidos bajo modo, autorizándose la disposición bajo el principio de subrogación real.
- que se determinen las personas que sean las encargadas del verificar si el modo se cumple o no. Normalmente el albacea o el tutor.
- el incumplimiento de la obligación permitirá ejercitar la acción de resolución (que no opera automáticamente como la condición) que tiene plazo de ejercicio de cuatro años por aplicación doctrinal del art. 1299 CC y cuya legitimación compete al "interesado en que se cumpla" que es el incapaz y por tanto a su representante legal que será el padre superviviente (que no necesitara autorización judicial del art.166 pues nada dice) o el tutor (que necesitará autorización judicial vía art. 271.6).

- finalmente, pueden los padres dejar todos los bienes al gravado con modo y ordenar el pago en metálico de las legítimas a los demás hijos vía art. 841 y ss CC.

4. - Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad del disminuido para testar. Hemos adelantado que la sentencia de incapacitación es conveniente que se pronuncie acerca de la capacidad del incapacitado para otorgar testamento como resulta del art. 665 CC. Nosotros nos centraremos en el supuesto en que éste no tiene esa capacidad y por lo tanto hay que distinguir dos cuestiones perfectamente diferenciadas:

- a. - El destino de los bienes que el discapacitado reciba del testador. En este caso, el testador dispone de dos instrumentos: la sustitución fideicomisaria pura o la condicional de manera que puede el testador nombrar fiduciario al disminuido sometiendo los actos de disposición al principio de subrogación real, y fideicomisario al hermano (o entidad) que lo cuida; o bien al revés, con la condición de que si el fiduciario no cumple, pasen los bienes al discapacitado. En este segundo caso deberá determinarse el alcance de los actos de disposición del fiduciario para determinar si nos encontramos ante un fideicomiso de residuo o no.
- b. - El destino del patrimonio propio del discapacitado. En este caso el testador no puede disponer de los bienes propios del discapacitado porque tales bienes no le pertenecen. Sin embargo, permite la ley que pueda el testador suplir la falta de capacidad de testar del hijo disminuido para evitar la apertura de su sucesión intestada mediante la figura de la sustitución ejemplar o pupilar que plantean el fundamental problema de si verdaderamente alcanzan a los bienes propios del discapacitado, es decir, a los bienes procedentes y no procedentes del sustituyente. Solución ésta seguida por la práctica notarial.

ESPECIALIDADES EN DERECHO FORAL

Básicamente las encontramos en los pactos sucesorios por lo que nos limitaremos a indicar los siguientes:

En **Aragón**, la institución de heredero contractual a uno de los hijos o a todos con la carga de cuidar al discapacitado.

En **Baleares**, la donación universal de bienes presentes y futuros que confiere al donatario la cualidad de heredero contractual del donante, y que puede hacerse con la carga de asistir y cuidar al discapacitado.

En **Navarra**, cabe destacar también la institución contractual de heredero y el pacto de promesa de nombrar heredero en los términos aludidos.

En **Cataluña**, cabe destacar el heredamiento o nombramiento contractual de heredero en capitulaciones matrimoniales con la carga de asistir y cuidar del discapacitado.

En **Galicia**, destacan dos instituciones: el pacto de mejora a favor de un legitimario que cumpla la obligación de asistir al discapacitado y el pacto de "labrar y poseer" para conservar indivisa una explotación agrícola y de contenido similar al art. 1056 CC.

En el **País Vasco**, destaca la donación universal que implica un pacto sucesorio y puede hacerse a favor del hermano que preste los cuidados y atenciones al disminuido.

Por lo demás cabe destacar todas aquellas instituciones que refuerzan la posición del supérstite como la fiducia sucesoria, el nombramiento de comisario o el usufructo universal, por lo que habrá que estar a la concreta y respectiva compilación según su tradición jurídica.