



FACULTAD DE DERECHO

**Protección patrimonial del discapacitado:
Especial referencia al patrimonio protegido**

Autor: Carmen Durán Morate

5º E-3 A

Derecho Civil

Tutor: Jose María Ruiz de Huidobro

Madrid, Junio 2018



**PROTECCIÓN PATRIMONIAL DEL DISCAPACITADO:
ESPECIAL REFERENCIA AL PATRIMONIO
PROTEGIDO**

Carmen

Durán

Morate

RESUMEN

Con el presente trabajo se pretende estudiar la protección patrimonial de los discapacitados. Aunque la terminología en este ámbito ha sido cambiante y ha suscitado dudas desde la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, el Derecho español cuenta con un más preciso concepto legal de discapacitado; asimismo, la citada ley reguló un conjunto de instrumentos y técnicas de protección patrimonial de los mismos, entre los que destaca el patrimonio protegido. Éste constituye el objeto principal de este trabajo; además se analiza la figura anglosajona del *trust* comparándolo con el citado patrimonio protegido de nuestro ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: discapacitado, incapacitado (persona con capacidad modificada), autotutela, patrimonio protegido, *trust*.

SUMMARY

The aim of this paper is to study the patrimonial protection of the disabled. Although the terminology in this field of study has been changing and has raised doubts since the law 41/2003, of 18 November, on the Patrimonial Protection of people with disabilities, Spanish Law has a more accurate legal concept of disabled; also, the law mentioned before has regulated a group of instruments and techniques of patrimonial protection for them, in which stands out the protected patrimony. This constitutes the principal aim of this study; in addition it's analysed the Anglo- Saxon figure of the trust comparing it with the protected patrimony of our Spanish legal system mentioned before.

Keywords: disabled, incapable (person with modified capacity), self- help, protected patrimony, *trust*.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Objetivos	5
1.2. Metodología	6
2. LA DISCAPACIDAD	8
2.1. Concepto y regulación de la discapacidad	8
2.2. Diferenciación con la incapacitación	11
3. MEDIOS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS DISCAPACITADOS	14
3.1. Mecanismos regulados en la Ley 41/2003	14
3.1.1. Autotutela	14
3.1.2. Apoderamiento preventivo	15
3.2. Concepto y características del patrimonio protegido	16
3.3. Constitución del patrimonio protegido	18
3.3.1. Beneficiario del patrimonio protegido	18
3.3.2. Legitimación de las personas que pueden aportar bienes o derechos al patrimonio protegido	21
3.3.3. Forma de constitución y aportaciones posteriores	26
3.3.4. Administración y supervisión del patrimonio protegido	27
3.3.5. Extinción y destino del patrimonio protegido	30
3.3.6. Ventajas fiscales del patrimonio protegido	35
3.4. Otros mecanismos de protección de los discapacitados	41
4. COMPARACIÓN DEL TRUST Y EL PATRIMONIO PROTEGIDO	43
4.1. Análisis comparativo de la figura del <i>trust</i> anglosajón con el patrimonio protegido	43
4.2. Dificultades de aplicación del trust en nuestro Ordenamiento Jurídico	45
5. CONCLUSIONES	47
6. BIBLIOGRAFÍA	49
6.1. Webgrafia	

1. INTRODUCCIÓN

El título del trabajo, *“Protección patrimonial del discapacitado. Especial referencia al patrimonio protegido”*, refleja fielmente su tema. En efecto, este trabajo fin de grado aborda la protección patrimonial de las personas con discapacidad desde el punto de vista del Derecho civil; entre las técnicas de protección previstas se encuentra el patrimonio protegido que pretende garantizar el futuro financiero de los discapacitados. Esta temática me interesa personalmente, pues actualmente participo en un programa de ayuda a discapacitados a través de actividades semanales vinculadas a la música.

Según la estadística Empleo de las Personas con Discapacidad de 2016, en España la discapacidad afecta a 1.840.700¹ personas en edad de trabajar (últimos resultados disponibles INE); por lo que, la citada figura expresa por sí misma la importancia social que tiene la temática que abordamos.

Si bien a nivel público cada vez existe una mayor preocupación por dicho ámbito, también en el privado la protección patrimonial de este colectivo alcanza un amplio desarrollo, observable a través de los numerosos mecanismos existentes para llevar a cabo dicha protección, surgidos como consecuencia de la creciente preocupación de las familias por organizar el futuro de los discapacitados, otorgándoles con ello la posibilidad de vivir dignamente cuando no dispongan de sus principales medios de apoyo.

Por tanto, el propósito del presente trabajo es el análisis de los distintos medios de protección patrimonial del discapacitado, de carácter privado, provenientes de sus familias y de los propios discapacitados, haciendo especial hincapié en la figura del patrimonio protegido, regulado en la *Ley 41/2003* (en adelante *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*.

1.1. Objetivos

En primer lugar, los objetivos generales son:

- ✓ Estudiar la protección patrimonial de los discapacitados.
- ✓ Determinar los principales mecanismos de protección patrimonial del discapacitado (concepto, regulación, procedimiento, beneficios fiscales).

¹ INE, Disponible en http://www.ine.es/prensa/epd_2016.pdf. [Consultado el 29 de enero de 2018]

Como objetivos específicos, se pretende

- ✓ Analizar la figura del patrimonio protegido a favor del discapacitado.
- ✓ Realizar un análisis comparativo, en el que se identifiquen las principales similitudes y diferencias sobre el patrimonio protegido en nuestra regulación y la figura anglosajona *trust*.

1.2. Metodología

La metodología del trabajo va a consistir en estudiar por apartados los distintos parámetros de la protección patrimonial en los discapacitados, primeramente en el primer capítulo, se utilizará una metodología positivista legal, en aras del análisis de la regulación legal y su interpretación jurisprudencial; por tanto, se analizarán las normas que recogen las distintas técnicas jurídicas de protección, se empezará estudiando el concepto de discapacidad y el panorama actual de la misma en el ámbito internacional y en la Unión Europea, en la que se pretenden estudiar los hechos sociales y la realidad del tema. Seguidamente, se estudiará su diferenciación con la incapacidad.

Esta metodología positivista legal, consiste en una actitud valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos para verificar si se corresponden con lo que son nuestros valores o creencias.

En el segundo capítulo se seguirá con esta metodología positivista legal, se analizarán los diferentes mecanismos de protección patrimonial, teniendo en cuenta los que se encuentran regulados en la Ley 41/2003. A continuación se hará especial mención a la figura del patrimonio protegido y se estudiará el apoderamiento preventivo y la autotela.

Finalmente, en el tercer capítulo se realizará mediante una metodología comparativa entre el patrimonio protegido en nuestro ordenamiento jurídico y la figura anglosajona del *trust*. Por tanto, se trata de estudiar la figura del *trust* mediante el derecho comparado, del cual forma parte el método comparativo. SARTORI² dispone que el método comparativo tiene como objetivo la búsqueda de similitudes y disimilitudes; ya

² SARTORI, G., *La política, lógica y método en las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económico, 1986, pág. 45.

que, la comparación se basa en el criterio de homogeneidad; siendo la identidad de clase el elemento que legitima la comparación.

Para la elaboración del presente trabajo se ha recurrido al uso de manuales y artículos de referencia. La investigación de la que partiremos serán unos manuales de referencia para tener una visión general del tema, artículos publicados en revistas y jurisprudencia; con esto, se pretende llegar, junto con el desarrollo del contenido referenciado, a unas conclusiones, con las que finalizaremos esta investigación, y además, daremos nuestra visión y propuesta de una revisión normativa.

2. LA DISCAPACIDAD

2.1. Concepto y regulación de la discapacidad

La definición del concepto de discapacidad resulta poco precisa, dado los diferentes supuestos que se encuadran dentro de la misma. Esto es observable, en primer lugar, atendiendo a la definición proporcionada por nuestra norma suprema, que establece que: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*³

Realiza por tanto, una definición general sobre dicho concepto, que a su vez, puede ser completada con lo contenido en el art. 1.2 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad donde se dispone que *Las 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.*

Además, en la propia RAE⁴ ni si quiera se aprecia un claro concepto sobre la discapacidad, definiéndola como *una condición de discapacitado o que manifiesta una discapacidad.* No obstante, define al discapacitado como *el que padece una disminución física, sensorial o psíquica que le incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida.*

Por otra parte, en cuanto a la preocupación jurídica por la protección de los que tienen discapacidad, es significativa la evolución del propio concepto dado que, en la redacción original de 1889 reformado por el Código Civil por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero y posteriormente por la Ley 26/2015, 28 de junio, éste se refería a los discapacitados en su artículo 1263 con los descriptivos términos de “locos o dementes” y solamente se refería a los discapacitados que tenían una patología psiquiátrica⁵. Como

³ Art. 49 CE

⁴ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española, 22ª Ed., 2001, Consultado en <http://www.rae.es/rae.html> [Consultado el 27 de febrero de 2018]

⁵ LINCERO DE LA FUENTE, M., *El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*, 1ª ed., Complutense, Madrid, 2009, pág. 95. Disponible en [https://books.google.es/books?id=2iIQPQzqeg8C&pg=PA1&lpq=PA1&dq=El+derecho+de+la+persona+y+de+la+familia+en+el+siglo+XXI+LINCERO&source=bl&ots=SRp xpOyXIH&sig=QFHF-HTQs IE8aW3WoGnZRCZRA-4&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewiQ0fCR6ILZAhXGA8AKHYYYJA8sQ6AEIQDAF#v=onepage&q=El%](https://books.google.es/books?id=2iIQPQzqeg8C&pg=PA1&lpq=PA1&dq=El+derecho+de+la+persona+y+de+la+familia+en+el+siglo+XXI+LINCERO&source=bl&ots=SRp xpOyXIH&sig=QFHF-HTQs IE8aW3WoGnZRCZRA-4&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewiQ0fCR6ILZAhXGA8AKHYYYJA8sQ6AEIQDAF#v=onepage&q=El%20)

consecuencia de una mayor concienciación y sensibilización sobre dicho colectivo, el legislador español, además de la modificación de estos términos, ha llevado a cabo un señalado esfuerzo en constituir un marco legal adecuado para dotar de protección a las personas con discapacidad⁶. Esto es observable, no sólo en el ámbito constitucional antes comentado, sino en la promulgación de ciertas leyes a nivel estatal, como bien hemos señalado anteriormente, la Ley 41/2003, que en su Exposición de Motivos determina que “tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección patrimonial de las personas con discapacidad, centradas en un aspecto esencial de esta protección cuál es el patrimonial”. De igual manera, en dicho ámbito nacional se encuentran otra serie de normas tales como el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, que en su artículo 1 a) determina que el objeto de la ley es: “Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación (...)”.

Por otra parte, a nivel internacional, es conveniente destacar la importancia que tiene la protección al colectivo de los discapacitados, en este sentido, la propia Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 dispone en su artículo primero apartado segundo que “las 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 las demás”. Siendo el propósito de la misma 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.

20derecho%20de%20la%20persona%20y%20de%20la%20familia%20en%20el%20siglo%20XXI%20LI
NCERO&f=false [Consultado el 30 de enero de 2018]

⁶ *Ibidem*

No obstante tal y como afirma RUIZ DE HUIDOBRO, podemos delimitar este concepto, mediante una clasificación de tres niveles⁷:

Primero, entendiendo la discapacidad en su sentido amplio, que englobaría a las personas con discapacidad que requieren una protección dada por el ordenamiento jurídico. En este sentido, se podría considerar que las personas con discapacidad requieren una protección jurídica preferente, dado que se encuentran en condiciones de desventaja respecto a las personas no discapacitadas, con lo que se pretende garantizar efectivamente su derecho a la igualdad y su verdadera integración y participación en sociedad. En este sentido, la propia Convención incluye en su primer artículo, dentro de la discapacidad a las personas que tengan deficiencias tanto físicas, como sensoriales, mentales o intelectuales, añadiendo que estas personas puedan tener ciertas barreras para desempeñar su participación plena y efectiva en nuestra sociedad, basándose en la igualdad de condiciones.

Segundo, entendiéndola en su sentido estricto, determinado por las personas que ostentan una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una física o sensorial igual o superior al 65%⁸. Estamos ante una discapacidad o minusvalía certificada (entendiendo minusvalía como consecuencia de una deficiencia, normalmente permanente, que afecta a las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales) que facilita el acceso a una serie de beneficios sociales, laborales y fiscales. Este nivel determina las normas de protección patrimonial civil que serán objeto de este Trabajo Fin de grado.

Tercero, la capacidad modificada judicialmente por sufrir enfermedades que impidan a las personas gobernarse por sí mismos en base a lo establecido en los artículos 199 y 200 del Código Civil, y en la que posteriormente se entrará con mayor profundidad.

Por tanto, se puede determinar que la discapacidad es un concepto amplio, que puede emplearse en distintos sentidos y que como consecuencia de la cada vez mayor preocupación social por las personas afectadas por ella, aparece regulado en numerosas normas tanto de carácter internacional como de Derecho interno.

⁷ RUIZ DE HUIDOBRO, C., *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, 1º ed., Dykinson S.L., Madrid, España, 2016, págs. 243-244.

⁸ Ley 41/2003 artículo 2.2.a) y b).

Por otra parte, en la Disposición adicional número 4 en la que se hace referencia a personas con discapacidad (artículos 756, 822 y 1041), donde el concepto de discapacitado viene definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad anteriormente mencionada.

Finalmente, como conclusión, se podría definir la discapacidad como una circunstancia que pueden presentar algunas personas siendo la misma una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial que afecta a su interacción y participación en la sociedad. Siendo ésta más o menos intensa siguiendo el criterio establecido con un grado de minusvalía del 33% psíquica y 65% física, la cual determina el segundo nivel. En este sentido los artículos 199 y 200 del CC hacen referencia a que nadie puede ser declarado incapacitado sin sentencia judicial siempre que concurran las causas de incapacitación; esto es, sin que concurran “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Debido a la terminología jurídica que se utiliza, dado que no se especifica qué enfermedades o deficiencias concretas estamos tratando, será el juez competente el que decidirá, en base a los diferentes dictámenes médicos, si la persona es o no es capaz de gobernarse a sí misma.

2.2. Diferenciación con la incapacitación

Habitualmente se utiliza de manera indiferente el término “discapacidad e incapacitación”, produciendo un error sobre los efectos que se despliegan en los derechos de las personas que se encuentran reguladas mediante estas figuras jurídicas, por lo que se considera muy importante la realización de este apartado para esclarecer las principales características que inducen a esta confusión.

En primer lugar, es necesario aclarar que tanto una persona con discapacidad como una persona no discapacitada actúan en los mismos términos y circunstancias, teniendo en cuenta en todo caso las normas que se encargan de limitar la capacidad de obrar. En este sentido RUIZ DE HUIDOBRO opina que:

La incapacitación total es la situación de quien sufre una enfermedad que le priva de capacidad natural de forma intensísima y a quien mediante la correspondiente sentencia judicial, se le ha declarado en situación de incapacidad de obrar y se le somete a la protección más completa de la patria potestad prorrogada o tutela.

La incapacitación parcial es la situación de quien sufre una enfermedad que le priva de capacidad natural de forma importante y a quien, mediante la correspondiente sentencia judicial, se le ha declarado en situación de capacidad de obrar incompleta y

*se le somete a la protección de la curatela (o de los padres), consistente en la asistencia de estos*⁹.

Por tanto, al entender la incapacitación como una limitación total o parcial de la capacidad de obrar (o de su ejercicio), por medio de sentencia judicial, si se trata de una persona discapacitada pero que no está declarada judicialmente incapacitada, se presume que tiene capacidad de obrar. Por tanto, se pueden distinguir con claridad un grupo formado por personas discapacitadas de otro constituido por personas que ostentan una capacidad modificada judicialmente o incapacitadas en base a una sentencia judicial. Respecto del último grupo, pese a que ambas denominaciones podrían emplearse indistintamente, de acuerdo con la Ley del Registro Civil de 2011, es preferible la segunda denominación que es introducida por la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria; pudiendo considerarse la primera terminología incluso derogada.

Para comprender mejor el concepto de incapacitación el propio Código Civil dispone que *la declaración de incapacitación procede por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*.

*Y que, son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo.*¹⁰

Atendiendo a este último artículo, se aprecia cómo estableciendo como causas de incapacitación *las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo*, adopta una fórmula abierta¹¹ y tolerante con la dignidad del colectivo discapacitado. No obstante, esto no siempre fue así, dado que previamente a la modificación sufrida en el mismo, por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, indicaba como causas de incapacitación, la locura o demencia, la sordomudez de la persona que no supiese leer y escribir y la prodigalidad entre otras.

Como aspectos importantes a tener en cuenta, en primer lugar, la incapacitación no se origina por la mera existencia de una de las causas establecidas en el artículo 200 del Código Civil, sino que se hace necesario que se declare mediante resolución judicial de incapacitación el cambio de capacidad a incapacidad de la persona. En segundo lugar,

⁹ RUIZ DE HUIDOBRO, C., *op. cit.*, págs. 245-246.

¹⁰ Los artículos 202 a 214 del Código Civil se encuentran derogados en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹¹ Las causas de incapacitación están concebidas como abiertas a raíz de la reforma de 1983 (STS nº 600/2015 de 4 noviembre 2015).

la incapacitación admite graduaciones, suponiendo ésta una limitación de la capacidad de obrar que no afecta de la misma manera a todas las personas¹². Por tanto, en función de la incapacidad y del grado de discernimiento, la protección de los bienes y de la propia persona se puede confiar a un tutor o curador atendiendo al artículo 760. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC): *La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763*. Por tanto, este artículo viene a indicar que en aquellos casos en los que exista un elevado grado de incapacidad, si la persona que la padece puede intervenir en algunos actos se nombrará a un curador mientras que si no fuese posible la actuación por sí mismo, le será designado un tutor. En este mismo sentido, señala el artículo 12 de la Convención en su apartado tercero que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas que sufren discapacidad dándoles el apoyo que pudiesen necesitar para actuar, esto es, en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Finalmente, respecto a la constancia registral, es destacable que tanto la sentencia de incapacitación como la demanda se inscriben en Registro Civil, Mercantil y de la Propiedad al igual que sucede con la resolución judicial que modifique o deje sin efecto dicha incapacidad.

¹² STS nº 544/2014 de 20 de octubre de 2014.

3. MEDIOS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS DISCAPACITADOS

3.1. Mecanismos regulados en la Ley 41/2003

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, regula la creación de un patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, afecto a la satisfacción de sus necesidades vitales.

No obstante, como refiere la Exposición de Motivos, el contenido de la ley no acaba en la regulación de este patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además introduce algunas modificaciones legislativas para ofrecer a las personas con plena capacidad de obrar, la posibilidad de adoptar una serie de disposiciones en previsión de su propia futura incapacitación. Por tanto, esta Ley a parte de regular el patrimonio protegido, incorpora nuevas modalidades de protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad al amparo del principio de autonomía de la voluntad, regulando ciertos instrumentos que posibilitan la adopción de medidas en previsión de una pérdida de la capacidad en virtud de su propia voluntad, manifestada cuando todavía es plenamente capaz. Responden a la necesidad de adoptar un sistema de protección eficaz, que tiende a flexibilizar y hacer más adecuado a cada persona el sistema de protección de quien puede prever su disminución o pérdida de capacidad¹³.

En este sentido, se modificó el art. 223 del Código Civil para introducir la llamada “autotutela” y como complemento de esta regulación, se reformó el artículo 1732 del Código Civil, para dar cabida a los “poderes preventivos”. Por todo ello, estos instrumentos son la autotutela y el apoderamiento preventivo.

3.1.1. Autotela

De conformidad con el artículo 223 párrafo segundo del CC, prevé que una persona que posea capacidad de obrar suficiente y sea mayor de edad pueda designar a un tutor para sí mismo, en previsión de ser declarada incapacitada judicialmente en el futuro. Al ser una delación de la tutela de carácter voluntario, se modifica con ello el orden de la delación de la tutela y del nombramiento del tutor contenido en el artículo 234 del CC¹⁴.

¹³ BERROCAL LANZAROT, I., *Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad*, LA LEY, Derecho de familia, Nº 2, Sección Práctica Profesional, Segundo trimestre de 2014.

¹⁴ Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1. ° Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.
2. ° Al cónyuge que conviva con el tutelado.
3. ° A los padres.
4. ° A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

El tutor que nombre el futuro incapacitado judicialmente podrá ser persona física (desempeñada por un individuo o varios con facultades mancomunadas o solidarias de actuación con nombramiento simultáneo o sucesivo) y en base a la persona o a los bienes de la misma) o jurídica (pudiendo ser ejercida por persona jurídica privada o pública). En la autotutela es posible que se pueda excluir a ciertas personas, incluir cualquier disposición relacionada con el tutelado o sus bienes, determinar los componentes de los órganos de fiscalización de la tutela, respetando la vigilancia y control ejercido por el Juez y el Ministerio Fiscal¹⁵.

La constitución de la autotutela deberá realizarse en documento público notarial y proceder a su inscripción en el Registro Civil y tras comunicarse de oficio por el Notario autorizante, se hará indicación de la misma en la inscripción de nacimiento del interesado. A efectos de comprobar lo establecido en el artículo 223 del CC, el juez solicitará en los procedimientos de incapacitación, certificación al Registro Civil y del Registro de Actos de Última Voluntad, en su caso. Los documentos de autotutela vinculan al Juez, a excepción de que por beneficiar al incapacitado judicialmente sea exigible otra cosa, siendo en este supuesto llevado a cabo mediante decisión motivada.

3.1.2. Apoderamiento preventivo

Los apoderamientos preventivos se caracterizan por ser negocios jurídicos unilaterales por los cuales una persona con plena capacidad confiere poder a una o varias personas dentro de los límites y forma estipulados, para que en su nombre lleven a cabo actos y negocios con efectos en su persona y bienes, para el caso de una previsible pérdida futura de dicha capacidad. Se otorga por tanto un carácter prioritario a la autonomía de la voluntad. Existen a su vez, dos tipos compatibles con la tutela originada por la incapacitación del poderdante, y que son, por un lado, el apoderamiento ordinario que subsistirá en el caso de que el poderdante devenga incapacitado de forma sobrevenida, por otro, el reconocido expresamente en el caso de incapacidad del poderdante.

El apoderamiento preventivo está regulado en el artículo 1732 del CC, que si bien no establece ningún requisito de forma, se aconseja su realización mediante escritura pública que puede ser solicitada en los supuestos en los que se quiera comprobar la validez

5. ° *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

¹⁵ MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., La autotutela en el Derecho Civil común, El Notario del siglo XXI, nº76, 2017. Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2848-la-autotutela-en-el-derecho-civil-comun-0-1290356816063036> [Consultado el 15 de marzo de 2018]

del negocio de representación y del documento por el que se exija la realización de un negocio formal¹⁶. Será necesario conceder un poder especial para otorgar capacidades facultades de disposición o el poder general para pleitos.

El apoderamiento preventivo se inscribe en el Registro Civil, mediante notificación del Notario autorizante. De la misma manera, la Ley del Registro Civil regula la inscripción de dicho apoderamiento en el registro individual de la persona en su art. 77.

Cabe la posibilidad de nombramiento de uno o varios apoderados con facultades mancomunadas o solidarias de actuación. De igual manera, al no existir regulación alguna sobre los poderes se hace exigible una especial atención en cuanto al establecimiento de las previsiones y cautelas sobre la protección de los intereses del poderdante y de la actuación del apoderado. Para controlar esta última, resulta conveniente designar un órgano de supervisión de la misma atribuyéndole con ello la capacidad de revocar el poder sin que tenga que transcurrir el tiempo determinado para que se determine que su actuación es negligente, contraria a sus intereses o que está incapacitado para el ejercicio del cargo, otorgándole al mismo funciones entre las que destacarían las que se encomiendan al mandante en los artículos 1709 a 1739 del CC. Otro aspecto a tener en cuenta es que si se determina que el momento en el que comienza la vigencia de esta figura jurídica es aquel en el que se produce la incapacitación judicial no será necesario añadir nada al respecto, sin embargo, si se establece que será en el momento en que tenga lugar la pérdida de capacidad, se haría conveniente contar con la intervención notarial para dejar constancia de dicha circunstancia¹⁷. Finalmente, es destacable que en el aspecto patrimonial cabe otorgar un poder general que abarque todos los negocios del poderdante o especial, comprendiendo sólo algunos.

3.2. Concepto y características del patrimonio protegido

Independientemente del problema social que supone la discapacidad, es importante tratar el tema de la asistencia económica al discapacitado, algo imprescindible para atender las necesidades de éste grupo de personas, mejorando con ello su calidad de

¹⁶ Artículo 1280.5. CC.

¹⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Incapacitación y mandato", La Ley, Madrid, 2008, pág. 257.

vida. Debido a que la gran mayoría de las personas integrantes de éste colectivo sobrevive a sus progenitores, se hace necesaria una adecuada protección jurídica-económica.¹⁸

En el ámbito público, las personas discapacitadas por un lado, disponen de ayuda mediante servicios públicos específicos, ciertas subvenciones y beneficios fiscales. Por otro lado, en el entorno privado, encontramos la Ley 41/2003, que trata, la protección patrimonial de las personas con discapacidad. El CC de igual manera, prevé cierta regulación en este ámbito para concretas situaciones, no obstante, dado la mayor frecuencia y variedad de supuestos vinculados con las personas discapacitadas; esto como consecuencia, ha provocado la redacción y promulgación de la mencionada Ley 41/2003.

Las características del patrimonio protegido constituido son las siguientes:

En primer lugar, dicho patrimonio no supone una excepción a la responsabilidad patrimonial del beneficiario, por tanto, en el caso de que el titular ostente deudas, los acreedores podrán acudir a este patrimonio para satisfacerlas, incluso en aquellos casos en los que se trate de deudas derivadas de su patrimonio personal e independiente del protegido. No obstante, este patrimonio protegido goza de privilegios fiscales sometidos a supervisión¹⁹, que se analizarán con posterioridad.

Como consecuencia de ello, el beneficiario puede poseer dos patrimonios, uno personal y otro protegido, e incluso que el propio discapacitado sea titular simultáneo de varios patrimonios protegidos aislados (separados).

En segundo lugar, el patrimonio protegido se caracteriza por ser una masa carente de personalidad jurídica. Con respecto a su titularidad, haciendo comparación con el Derecho Foral Catalán, el patrimonio no ostenta la titularidad propia mientras que en el ámbito estatal, el patrimonio sí tendría titularidad propia y estaría separado respecto del patrimonio personal de su beneficiario.

En tercer lugar, el patrimonio protegido se configura como un patrimonio de destino o vinculado²⁰, cuya finalidad es individual con la consiguiente intención de la

¹⁸ Cfr. FERNANDEZ- PRIDA, F., *La autotutela, La Protección jurídica del discapacitado* (I Congreso Regional), Valencia, 2003, pág. 77.

¹⁹ PASTOR ÁLVAREZ, M. C., “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 20/2004 parte Doctrina, 2005, págs. 6-7.

²⁰ MORETÓN SANZ, M. F., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho UNED*, nº6, 2010, pág. 365.

satisfacción de las necesidades del discapacitado. Así mismo, este patrimonio tiene la necesidad de supervisión externa con la finalidad de evitar abusos por parte de los administradores y aportantes en beneficio propio. Para lograr esta supervisión, existen diversos mecanismos que son los siguientes²¹:

La exigencia de constitución por escritura pública o por resolución judicial, el seguimiento por parte del Ministerio Fiscal de las funciones de dichos patrimonios y la obligación de comunicar la constitución de estos patrimonios a dicho Ministerio Fiscal.

3.3. Constitución del patrimonio protegido

En este apartado se analizarán los diferentes elementos que conforman la propia constitución.

3.3.1. Beneficiario del patrimonio protegido

Según dispone el artículo 2 de la Ley 41/2003 los beneficiarios del patrimonio protegido son:

- 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 tendrá la consideración de personas con discapacidad:*
 - a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*
 - b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*
- 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.*

Destacar que este precepto en ningún momento hace mención a la edad de la persona con discapacidad, por tanto, la edad de la persona con discapacidad no influye en la condición de beneficiario. Además, en este artículo 2 que la Ley hable de beneficiario "exclusivo", se refiere a que no pueda ser titular una persona que no posea una discapacidad. Por tanto, no consideramos que la redacción de la ley impida la posibilidad de constituir un patrimonio en beneficio de dos o más personas; sino que únicamente es una cuestión de una redacción imprecisa por parte del legislador. Para justificarnos, el

²¹MARTÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, S/D., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 41.

propio borrador llevado a cabo por Aequitas²², dispone que: *El patrimonio protegido únicamente podrá tener más de un beneficiario cuando se trate de hermanos (...).*

Seguidamente, se nos podría plantear la duda de si se restringe únicamente a las personas con discapacidad o si el mismo puede referirse a otro tipo de colectivo como podrían ser las personas mayores; acotando incluso las personas con discapacidad, delimitando sobre quienes pueden constituir esa masa patrimonial, haciendo referencia al grado mínimo que debe acreditarse bien por sentencia judicial, bien por trámite administrativo.

Como hemos señalado con anterioridad, el beneficiario de un patrimonio protegido ha de ser una persona con discapacidad que posea el porcentaje que determina el art. 2.2 de la Ley 41/2003, es decir, un 33 por ciento de carácter psíquico o un 65 por ciento de carácter físico o sensorial. Únicamente puede serlo él, por lo tanto la constitución de un patrimonio protegido y el requisito de la discapacidad van íntimamente ligados, es un nexo indisoluble. Ello significa que en el momento que desaparece esta condición, el patrimonio protegido está llamado a desaparecer.

Se configura como un mecanismo de protección alternativo a la incapacitación judicial. Se puede decir que es más flexible y más ágil que la incapacitación, en el sentido de que no es necesario acudir a un tribunal para determinar que personas van a administrar el patrimonio de la persona con discapacidad. En la constitución del patrimonio protegido, únicamente habrá que acudir al tribunal si no se acepta la constitución o la aportación de un bien al patrimonio protegido en determinadas circunstancias. En cierto sentido, ambos tienden a un mismo fin, que es evitar un perjuicio patrimonial, pero cada uno desde un camino distinto: en la incapacitación judicial evitando que la persona que no pueda gobernarse por sí misma realice actos que redunden negativamente en su interés, mientras que el patrimonio protegido tiende a poner a disposición de la persona con discapacidad recursos económicos para satisfacer sus necesidades, administrándolo él mismo si tiene capacidad de obrar suficiente, o bien un tercero si no la posee.

El patrimonio protegido podrá ser constituido también a favor de una persona incapacitada judicialmente, siempre que posea el grado de discapacidad que requiere la

²² SERRANO GARCÍA, I., *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 2005.* (2a Ed.) Madrid: Fundación Aequitas, págs. 239-240

ley. Por tanto, no son condiciones excluyentes. El problema surge cuando la persona incapacitada judicialmente no tiene reconocido el grado de discapacidad administrativamente²³. Por este motivo, sería adecuado y necesario que los órganos que valoraran la discapacidad en el ámbito administrativo, fueran también los que en un proceso de incapacitación elaboraran o emitieran los informes periciales correspondientes para determinar si la persona tiene o no capacidad de autogobierno. Si la misma ha sido sometida a un proceso de concreción del grado de discapacidad, los equipos técnicos ya tienen conocimiento de cómo le afecta la discapacidad, y por tanto el proceso de incapacitación sería algo más ágil, aunque dependiendo, por supuesto, del volumen de trabajo del servicio administrativo. También resultaría menos costoso para las familias²⁴.

Por otra parte, se debería diferenciar la discapacidad, en el sentido de que, dependiendo del tipo (paralítico o tetraplégico, entre otros) éstos podrían gobernarse perfectamente, a pesar de que su discapacidad le dificulte el desenvolvimiento en la propia sociedad; y, otra cuestión sería que la discapacidad quede subsumida en la incapacitación, considerándose discapacitado dentro de los términos previstos en la Ley 41/2003 y así lo han venido señalando tanto la doctrina²⁵ como la jurisprudencia²⁶.

Otra cuestión fundamental es que en el momento de la constitución del patrimonio el beneficiario tiene que ser una persona con discapacidad, lo que nos lleva a la cuestión de si es posible someter la constitución de un patrimonio protegido a condición suspensiva vinculada a la adquisición de la discapacidad. En este sentido, señalan diversos autores²⁷ que sí es posible según el nuevo artículo 223 del Código Civil, siempre que esta sea tomada como una condición suspensiva que se vincule a la adquisición de la autotutela.

²³ MORETÓN SANZ, M.F., “Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 2005, pág. 79.

²⁴ Esto depende del tipo de discapacidad. Es preciso tener en cuenta que, siempre la incapacitación o modificación de la capacidad por razones de garantía debe ser judicial.

²⁵ CORDERO CUTILLAS, I., *Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?*, CEF Legal, nº 55-56, agosto-septiembre, 2005, pág. 1187.

MORETÓN SANZ, M.F., *Protección civil de la discapacidad... op. cit.*, pág. 79.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife nº 708/2004 de 12 de marzo de 2004, donde se decreta la incapacitación de un hombre que tenía reconocido un grado del 70%.

²⁷ Entre ellos, SEDA HERMOSÍN, M.A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos, Discapacitado, Patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 132.

Como hemos anticipado, consideramos que la Ley no hace referencia a la pluralidad de sujetos beneficiarios, no obstante, consideramos que se trata de una redacción legislativa imprecisa, considerando que la misma Ley no lo prohíbe y dado que el borrador anteriormente mencionado, de Aequitas²⁸ contempla el supuesto de multiplicidad de beneficiarios. Por tanto, entendemos que no existe ninguna limitación para la constitución de un patrimonio protegido múltiple, dirigido a dos o más personas²⁹.

3.3.2. Legitimación de las personas que pueden aportar bienes o derechos al patrimonio protegido

Es necesario partir de la idea de que las personas con discapacidad, cuando posean cierta capacidad intelectual y volitiva, deben ser tenidas en cuenta para poderlas considerar como personas legitimadas en la constitución del patrimonio protegido, pues aun ostentando una discapacidad deberá ser tenida en cuenta siempre su voluntad.

En definitiva, los legitimados para constituir el patrimonio protegido, es decir, para aportar bienes y derechos al mismo son³⁰:

- a) El propio discapacitado, cuando tenga capacidad de obrar suficiente.

Según lo dicho, no es necesario que el discapacitado esté incapacitado. De este modo, se demuestra que nuestro ordenamiento jurídico otorga la importancia debida a la voluntad de la persona discapacitada.

- b) Los padres, tutores y curadores y en algunas ocasiones los representantes legales.

Cuando el discapacitado no posea dicha capacidad, deberá acudir a los correspondientes representantes legales del mismo. En este caso, serán los padres, tutores o curadores los que constituyan el patrimonio protegido. Hay que considerar aquellos casos en los que la discapacidad se origina posteriormente al nacimiento, por ejemplo, por sufrir un accidente de tráfico y aquí previamente al suceso, el discapacitado habrá podido constituir un patrimonio protegido. Como consecuencia de ello, para sostener económicamente dicho patrimonio destaca la relevancia de las aportaciones posteriores que se realicen por los representantes legales. En lo relativo a las aportaciones realizadas por estas personas, hay que analizar si las mismas pueden llevarse a cabo sin

²⁸ SERRANO GARCIA, I., *op. cit.*, pp. 239-240

²⁹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 57 y 58

³⁰ *Ibidem*, págs. 8 y 9

consentimiento del beneficiario o, por contra, éste es necesario. Si el discapacitado ostenta capacidad de obrar suficiente, se sostiene que el mismo debe prestar consentimiento, aunque en la propia ley no se determine nada³¹. Se considera, asimismo, que respecto de la supervisión de las aportaciones, el legislador ha obviado esta cuestión, puesto que, por ejemplo, en caso de que aportase el tutor de forma directa, no se llevará a cabo un control adecuado, más que el de legalidad por el Notario.

Por otra parte, se discute si el curador tiene legitimación para constituir un patrimonio protegido, ya que solo se encarga de asistir al discapacitado, no sustituyendo su voluntad. En concreto, atendiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017³², que trata del caso de un hombre con personalidad paranoide, se demostró que pese a habersele designado un curador, éste no tenía por qué incidir en la esfera patrimonial dado que por el momento ostentaba capacidad suficiente para llevar a cabo la administración de su pensión. Si bien es cierto que a pesar de que, la propia Sentencia señala que el curador asiste en la realización de actos del curatelado; es observable que en este caso, se cuestiona la figura del curador; determinando esto que el curatelado, tendrá capacidad de obrar suficiente y por tanto, podría decidir si constituir personalmente el patrimonio protegido o requerir la asistencia de terceros, quedando la figura del curador relegada al ámbito meramente personal.

c) El guardador de hecho.

Respecto a esta figura, el Código Civil contempla la guarda de hecho en los artículos 303, 304 y 306, reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio; y, en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria donde se establece el procedimiento de control judicial del guardador de hecho.

Esta figura se concibe como un mecanismo para proteger a los menores o incapaces, contemplándola nuestro ordenamiento jurídico como provisional y transitoria, dado que lo que se pretende es una protección estable. Como consecuencia de la provisionalidad es que, existiendo guardador de hecho, a salvo situaciones excepcionales justificadas de interés del menor o del presunto incapaz, deben las personas e instituciones

³¹ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, 1ª ed., vol. 1, en AA.VV., Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García, 2004, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, pág. 1142.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017, número 298/2017.

obligadas y legitimadas para ello promover los mecanismos jurídicos para alcanzar la protección estable de aquéllos³³.

No obstante, en todo caso y, sin perjuicio de que se promueva y constituya la tutela cuando resulte necesario, si una autoridad judicial conoce que existe un guardador de hecho, bien a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, podrá requerir al guardador para que le informe de la situación de la persona, y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer al efecto las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Estas medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal (artículo 303 del Código Civil y artículo 52 de la Ley 15/2015)³⁴.

d) El tercero con interés legítimo que podrá solicitar la constitución.

En cuanto al cuarto supuesto, sobre la constitución del patrimonio protegido por un tercero que acredite tener un interés legítimo, se presupone que cualquiera que cumpla este requisito pueda solicitar bien al propio discapacitado, bien si éste carece de capacidad de obrar suficiente, a sus representantes legales dicha constitución, siempre que los bienes que aporte cubran suficientemente este fin. Como diferencia fundamental de este supuesto con respecto a los anteriores es que, en este último caso, no es posible la constitución de dicho patrimonio con los bienes del discapacitado, pero sí cuando fuera con sus propios bienes. Otra cuestión es la de que entendemos por *personas con interés legítimo*. En este caso, sería necesario acudir al caso por caso para determinar la legitimidad del interés del aportante³⁵. Se trataría, pues, a nuestro parecer, de aquellos que ostentasen una relación familiar o de amistad con el discapacitado. Una parte de la doctrina³⁶ establece que existe una falta de coordinación entre en el articulado de la Ley 41/2003 y su Exposición de Motivos, ya que en ésta, al hablar de aportaciones de terceros, incluye entre ellos a los padres, tutores y curadores y el artículo 4, les permite rechazar o aceptar la aportación. Como consecuencia de esto, surgen dudas acerca de si los curadores y guardadores de hecho, protectores legales de las personas con discapacidad, pueden considerarse incluidos dentro de este supuesto de cualquier persona que acredite un interés legítimo.

³³ BERROCAL LANZAROT, A.I., *La guardia de hecho*, Hay derecho, Fundación QUERER, Disponible en: <https://www.fundacionquerer.org/la-guarda-hecho/> [Consultado el 5 de marzo de 2018]

³⁴ *Ibidem*

³⁵ SERRANO GARCÍA, I, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, 1 Edición, Iustel, 2008, pág. 413.

³⁶ CUADRADO IGLESIAS, M, *op. cit.*, pág. 1141.

Se entiende que estas personas, serían al ser las más allegadas al discapacitado, las más interesadas en que éste ostentase un patrimonio protegido, por tanto, a tenor de dicho artículo 4³⁷, no se les menciona, pero tampoco se las excluye.

Si se atiende al propio apartado tercero del artículo 4³⁸, se establece la posibilidad de que los aportantes a su vez establezcan el destino que desean darles a estas aportaciones de bienes y derechos, cuando se produzca la extinción de dicho patrimonio protegido. En base a esto, es necesario tener en cuenta que, si los bienes y derechos aportados proceden de la persona discapacitada, no se producirá como tal ningún tipo de traspaso. Por el contrario, si dicho patrimonio se constituye con bienes que no pertenecen a la persona con discapacidad, efectivamente sí que se produce un traspaso de titularidad, siendo aquí donde se permite determinar el destino de las aportaciones, una vez se ha producido la extinción del patrimonio protegido.

Por otro lado, es difícil definir lo que es una aportación adecuada y suficiente, pues depende de varios factores; por ejemplo, si se pretende que el discapacitado disponga de una vivienda para el futuro, debería realizarse la aportación de un inmueble o bien del dinero equivalente para poder adquirirlo³⁹.

En relación con la constitución del patrimonio, podría suceder que fuese un tercero el sujeto que solicitase la constitución de dicho patrimonio a favor del discapacitado protegido; sin embargo, en el caso de que éste último se negase, el primero, tendrá que atenerse a la decisión del segundo. En caso de que el discapacitado no tenga capacidad de obrar, habría un problema cuando los progenitores o tutores se negaran, no obstante, podría ocurrir que solo uno de ellos se negara, teniendo el juez que determinar si esta negativa es injustificada o no. Se podría entender, que dicha negativa, sería en el caso en

³⁷ 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 caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

³⁸ *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 normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.*

³⁹ Cfr. PÉREZ HUETE, J., *Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados*, Agencia Estatal de Administración Tributaria, nº 29/2004, Instituto de Estudios Fiscales, pág. 10.

el que los intereses del discapacitado se lesionasen. En este sentido, señala el artículo 166 CC que, los padres no podrán nunca renunciar, enajenar o gravar los derechos de los que los hijos sean titulares, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con Audiencia del Ministerio Fiscal. En este mismo sentido, encontramos el artículo 271 CC que dispone los casos en los que el tutor necesita autorización judicial, haciendo especial mención a la enajenación, renuncia o gravamen de los derechos de sus hijos de los que sean titulares. En el caso de esta negativa por parte de los representantes, el juez podría incluso llegar a considerar, en algunos casos, oportuna la constitución del patrimonio protegido.

Por otro lado, normalmente quién lleva a cabo las aportaciones al patrimonio protegido es una persona física, pero es posible plantearse la posibilidad de si una persona jurídica podría aportar algún bien o derecho para incrementar dicho patrimonio. En relación con esto, hay que diferenciar de si la persona jurídica se caracteriza por tener ánimo de lucro o no. Cuando no ostente ánimo de lucro podría realizar las mencionadas aportaciones sin ningún inconveniente, piénsese en el caso de una fundación cuyo fin es proteger a las personas que sufren una enfermedad generadora de discapacidad. Sin embargo, si efectivamente se tratase de sociedades civiles o mercantiles con ánimo de lucro, parece más compleja de interpretar, señalando pese a ello, la Dirección General de Registros y del Notariado⁴⁰, que

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 (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 la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo.

⁴⁰ Concretamente, en su Fundamento tercero.

Se aprecia, por lo tanto, que en principio una sociedad civil o mercantil podría llevar a cabo aportaciones al patrimonio protegido del discapacitado, cumpliendo siempre con los requisitos impuestos por la Ley 41/2003. Sería el caso, a modo de ejemplo, de una sociedad que contase con un trabajador, padre de niño discapacitado, al que se le ha constituido un patrimonio protegido por parte de sus progenitores, y en el que estaría permitido realizar aportaciones por los representantes legales de la compañía.

3.3.3. Forma de constitución y aportaciones posteriores

Este patrimonio protegido se constituirá bien mediante documento público o bien mediante resolución judicial.⁴¹

En primer lugar, en relación con las aportaciones, éstas podrán consistir en cualquier tipo de bienes y derechos con valor económico cuando generen las rentas necesarias para satisfacer las necesidades del discapacitado, eludiendo la creación de una situación estática que no permita originar rendimientos a dicho patrimonio. A modo de ejemplo, se trataría del caso en el que se aportase una finca que generase una cantidad elevada de algún producto. Al venderse esta cantidad producida, el dinero obtenido entraría a formar parte del patrimonio protegido y sustituiría a los frutos generados, en virtud del principio de subrogación real. No obstante, también tienen cabida como aportaciones posteriores aquellos bienes que no generan rentas pero que ostentan un valor extraordinario, que puede ponerse de manifiesto como consecuencia de su enajenación⁴².

De igual manera, en la propia Ley 41/2003 se aprecia que no se requiere una cuantía determinada para la aportación inicial y posterior de los bienes y derechos. Así mismo, sólo podrán ser objeto de aportación aquellos que sean de contenido económico o patrimonial y no tengan carácter personalísimo; los bienes y derechos personalísimos sólo pueden aportarse, según la mayoría de la doctrina, cuando el aportante es el propio discapacitado por ejemplo derechos fruto de la creación intelectual o derechos como el

⁴¹ MARTÍNEZ MAROTO, A., *Diez temas jurídicos de Portal Mayores*, 1 edición, Colección Manuales y Guías, Madrid, 2006, pág.92. Disponible en: https://books.google.es/books?id=cZaGSR1xJ20C&pg=PT91&lpq=PT91&dq=protegido+se+constituirá+bien+mediante+documento+público+o+bien+mediante+resolución+judicial.&source=bl&ots=d_jO4V21Mk&sig=9wxd9PNOWnJhuEAXQQBZDbttUJI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi61_OA34fZAhVIIMAKHXh5CYwQ6AEIJzAA#v=onepage&q=protegido%20se%20constituirá%20bien%20mediante%20documento%20público%20o%20bien%20mediante%20resolución%20judicial.&f=false [Consultado el 16 de febrero de 2018]

⁴² ENTRENA PALOMERO, B, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. 2, Aspectos económicos y patrimoniales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 1006.

de uso y habitación⁴³. De igual manera, no será posible la aportación de bienes que presenten alguna carga o gravamen (como puede ser una hipoteca), puesto que esto supondría un traslado del gravamen a la persona con discapacidad, lo que en absoluto le beneficiaría, sino que le originaría un perjuicio que chocaría con la finalidad propia del patrimonio protegido, como es la de satisfacer las necesidades de la persona discapacitada. También existe la posibilidad de que se pretenda llevar cabo una aportación de bienes titularidad de dos personas simultáneamente, como es el caso de bienes gananciales o bienes adquiridos por herencia por dos hermanos. En el primer caso, por ejemplo, si uno de los cónyuges quisiera realizar la aportación, atendiendo al artículo 1357 del CC, será necesario contar con el consentimiento del otro cónyuge, de tal manera que si uno de ellos realiza la aportación sin consultar al otro, la misma será nula a la luz del artículo 1378 del CC.

Como conclusión, para la constitución de esta masa patrimonial será necesario, en primer lugar, un inventario de bienes y derechos, en segundo, la inclusión de los métodos de elección de los administradores así como las normas que regirán su actuación, determinadas en el artículo 5 de la Ley 41/2003; y finalmente, se podrá incluir cualquier otra medida relativa a la administración y conservación de dicho patrimonio.

3.3.4. Administración y supervisión del patrimonio protegido

Como regla general, todos los bienes y derechos de dicho patrimonio se sujetan a un régimen de administración que es libremente determinado por el constituyente y que figura en el documento público de constitución. Sin embargo, esta administración se puede realizar por entidades sin ánimo de lucro, especializadas en este ámbito.

Se considera administrador, como regla general, la propia persona con discapacidad, siempre y cuando posea capacidad de obrar suficiente; sin embargo, cuando el discapacitado lo haya dispuesto en la constitución de su patrimonio protegido, podrá corresponder a otra persona; o bien, porque haya aceptado el tercero constituyente. En el caso de que no tenga capacidad, como hemos señalado con anterioridad, corresponde esa administración del patrimonio a sus padres, tutores, curadores, guardadores de hecho y terceros con interés legítimo. Debido a que es posible a su vez que estas personas no ejerzan cargo de administración, será necesario constatar de forma fehaciente, que la

⁴³ LÓPEZ-GALLIA CHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*, RECDI, n° 687, 2005, pág.189.

representación legal del beneficiario se llevará a cabo por los administradores del propio patrimonio. Dicha representación del administrador, cuando no se trate de padres o tutores, requerirá la correspondiente inscripción en el Registro Civil⁴⁴.

En ningún caso, pueden ser administradores, tal y como dispone el artículo 5.5 de la Ley 41/2003, *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*. Por lo que, según el Código Civil, pueden ser administradores del patrimonio todas las personas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, que no haya concurrido en ellas ninguna de las causas de inhabilidad que se contemplan en los arts. 243 y 245 y las personas jurídicas cuya finalidad no sea lucrativa y que aseguren la protección de los menores e incapacitados, art. 242.

El administrador respecto de los bienes y derechos que conforman el patrimonio protegido podrá llevar a cabo tanto actos de administración en sentido estricto como actos de disposición.

Finalmente, en los demás casos, se requerirá la intervención judicial, sin embargo, este régimen se ajusta, pues el administrador se exime de la obtención cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente⁴⁵ y se dispone la posibilidad de que los administradores o constituyentes por medio del Ministerio Fiscal soliciten al juez la exclusión de dicha autorización *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*⁴⁶.

Como características principales del administrador destacar que, su actuación se ejercerá siempre en beneficio del discapacitado, art. 216 CC; que el administrador que en el ejercicio de su función, sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes del tutelado, de no obtener por otro medio su resarcimiento, art. 220 CC; que se prohíbe al administrador la recepción de liberalidades del beneficiario discapacitado; que le represente cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o

⁴⁴ Cfr. 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", RCDI, N° 695, 2006, págs. 1057-1100.

⁴⁵ Art. 5.2 Ley 41/2003

⁴⁶ Art. 5.3.

de un tercero y existiera conflicto de intereses; y queda impedido para adquirir a título oneroso bienes del discapacitado o transmitirle bienes por igual título, art. 221 CC.

En caso de que no hubiese un administrador designado, o si nadie acepta ese cargo, se llamaría a la administración, siguiendo el orden de las personas designadas, tal y como dispone el art. 234 CC.

Finalmente, es necesario hacer mención de la constancia registral establecida en el artículo 8 de la Ley 41/2003, en virtud del cual se procederá a la inscripción del nombramiento del administrador siempre que dicho cargo no sea ejercido por el propio discapacitado, los padres o tutor, en el Registro Civil. Por otro parte, cuando se aporten bienes inmuebles o derechos reales que recaigan sobre los mismos, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad. De igual manera, se inscribirá a los demás bienes registrables y finalmente, en el caso de participaciones en instituciones de inversión colectiva o acciones o participaciones de entidades mercantiles, se dejará constancia de la inscripción de los mismos a la entidad gestora de dichos valores bien por medio de vía notarial o judicial. Se podrá solicitar así mismo, la cancelación de las inscripciones en el caso de que los bienes o derechos dejen de integrar el patrimonio protegido⁴⁷.

Por otro lado, la supervisión del patrimonio protegido se constituye por un lado, en función de las reglas que el constituyente haya podido determinar, y por otro, en base a la supervisión ejercida por el Ministerio Fiscal y que consiste *en una supervisión de carácter permanente y general y otra de carácter esporádico y concreta* como determina la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003. En cuanto a la supervisión de carácter permanente y general, se trata de una obligación del administrador de rendir cuentas sobre su actuación al Ministerio Fiscal, cuando se trata de una persona distinta del discapacitado o de sus progenitores. Además, con periodicidad anual deberá remitir de igual manera al Ministerio Fiscal, un informe sobre su actuación acompañado de un inventario de los bienes y derechos que constituyan el patrimonio protegido sobre el que ejerce el cargo de administrador y si dicha institución lo estima conveniente cuanta documentación sea requerida por la misma⁴⁸. En cuanto a la supervisión esporádica y concreta, se trata de aquella por la que el Ministerio Fiscal puede solicitar al juez la sustitución del

⁴⁷ MORETÓN SANZ, M. F., *op. cit.*, pág. 359- 364.

⁴⁸ Art. 7.2. de la Ley 41/2003.

administrador, el cambio de las reglas que regulan su actuación, el establecimiento de medidas cautelares, entre otras medidas⁴⁹.

Es apreciable como la Ley atribuye funciones de supervisión al Ministerio Fiscal en cuanto a la administración del patrimonio protegido. De igual manera, se prevé como mecanismo de apoyo complementario al Ministerio Fiscal, la Comisión de Protección de las Personas con discapacidad.⁵⁰

Como se aprecia, la supervisión de la administración del patrimonio protegido es un mecanismo para proteger los intereses de carácter patrimonial del discapacitado. No obstante, como algunos autores determinan, el mecanismo de supervisión es problemático, observable, cuando el patrimonio protegido se ha constituido mediante documento público, pero dado que el Notario no posee la obligación de informar al Ministerio Fiscal sobre dicha constitución, su existencia puede ser difícil de conocer por parte de ésta institución, suponiendo además una compleja labor de supervisión dado que con la simple constancia de la designación de los administradores en el Registro no será suficiente para que esta institución lleve a cabo los mecanismos previstos en el art. 7.1 de la Ley⁵¹.

3.3.5. Extinción y destino del patrimonio protegido

Atendiendo al artículo 6 de la Ley 41/2003, existen diversas causas en virtud de las cuales se produce la extinción del patrimonio protegido de la persona con discapacidad:

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

⁴⁹ Art. 7.1.

⁵⁰ Cuya composición, funcionamiento y funciones se encuentra regulada en el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero.

⁵¹ RIVERA ÁLVAREZ, J.M., "Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 100.

titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o del 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 su caso, al valor de las diferentes aportaciones.

Por tanto, a la luz de este artículo, existen dos causas que provocan la extinción del patrimonio protegido, de un lado, la muerte o declaración de fallecimiento del discapacitado, de otro la pérdida de tal requisito⁵². Por otro lado, el artículo 7.1 de la misma ley establece una tercera causa de extinción determinando que el Ministerio Fiscal podrá solicitar al Juez cuanto estime oportuno en relación con la persona con discapacidad, la extinción del patrimonio protegido. No obstante, existen diversos autores⁵³ que consideran que aspectos como el vaciamiento patrimonial o la insolvencia del patrimonio protegido, podrían encuadrarse dentro de las causas que lo constituyen. De igual modo, si se atiende a la autonomía de la voluntad contenida en el artículo 1255 del CC, podría considerarse como cuarta causa de extinción de dicho patrimonio, la decisión de las partes de poner fin al mismo.

A continuación, se va a proceder al estudio individualizado de cada una de ellas.

a) La muerte y declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad.

Esta causa puede operar de manera inmediata en la extinción de dicho patrimonio protegido. Al producirse cualquiera de estas dos circunstancias el patrimonio protegido deja de cumplir la función que le es propia, por lo éste desaparece. Respecto de la primera causa, para acreditar la muerte del discapacitado se empleará el certificado de defunción

⁵²A este respecto el Grupo Parlamentario Socialista incluyó una enmienda (la núm. 21) en la que se introducía una nueva causa de extinción. La enmienda pretendía la modificación del art. 6.1 en los siguientes términos: *de esta Ley o por concurrir situaciones de insolvencia que hayan dado a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación. En este último supuesto no será de aplicación lo previsto en el artículo 4.3, respecto del destino que deba darse a los bienes aportados en caso de extinción.*

⁵³ CUADRADO IGLESIAS, M., *op. cit.*, pág. 1149.

correspondiente, para la segunda será necesario contar con la declaración judicial de fallecimiento. Atendiendo al artículo 195 del CC⁵⁴: *Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.* Se determinará con ello, la extinción del patrimonio protegido en función de la fecha que contenga la declaración de fallecimiento.

b) La pérdida de la condición de discapacitado.

La otra causa que establece el artículo 6 de la Ley 41/2003 es que el discapacitado pierda la condición de tal, que es la que necesariamente ha de cumplirse para poder constituir dicho patrimonio. Por tanto, en función del artículo 2 de dicha Ley, el momento en el que no se ostente el grado de discapacidad que éste determina, se extingue el patrimonio protegido⁵⁵. Para acreditar esa causa, puesto que no opera de forma automática, se necesita un certificado administrativo acreditativo de la disminución del grado de discapacidad así como la correspondiente resolución judicial.

c) En virtud de decisión judicial.

Esta causa, al no aparecer estrictamente contenida en la Ley, se encuadra dentro del artículo 7.1. La extinción en este caso se debe producir siempre que redunde en beneficio de la persona con discapacidad, por tanto, debe existir un patrimonio que esté produciendo un perjuicio para la misma, sería el caso por ejemplo, en el que el administrador no actuase correctamente, lo que ha supuesto el surgimiento de deudas con imposibilidad de ser satisfechas con los bienes existentes, pudiendo el Ministerio Fiscal en este caso, solicitar judicialmente la extinción de dicho patrimonio. Para parte de la doctrina, lo adecuado sería requerir primeramente al juez, que tratarse de solventar los perjuicios que existan, y en caso de imposibilidad, sería cuando necesariamente se tendría que producir la extinción de dicho patrimonio⁵⁶.

⁵⁴ A tener en cuenta, el CC en los arts. 193 y 194 determina los plazos del cómputo del tiempo para reputar a la persona fallecida y en los arts. 195 y 196 establece los efectos de la declaración.

⁵⁵ ENTRENA PALOMERO, B., *op. cit.*, pág. 1016

⁵⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción.* Academia Sevillana del Notariado Tomo 12, 2, 2008, págs. 126 y 129.

d) El vaciamiento del patrimonio protegido.

LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁷ determina el vaciamiento como otra posible causa de extinción; aunque no se mencione expresamente en la Ley, se produciría cuando el patrimonio debido a las aportaciones insuficientes que recibe, no puede cumplir la finalidad para la cual se creó. Estas aportaciones insuficientes pueden conllevar la desaparición de bienes por su destrucción o su pérdida. No obstante, consideramos que de la misma manera que en el caso del patrimonio general por no poseer bienes no desaparece, esto debería suceder para el patrimonio protegido, salvo que esta situación produjese un grave perjuicio para el discapacitado, en cuyo caso se requeriría la intervención judicial para que ordenase la extinción del mismo.

e) En virtud de acuerdo de las partes.

LUNA SERRANO⁵⁸ establece la constancia de la decisión de las partes de extinguir el patrimonio en el documento constitutivo puede entenderse, asimismo, como causa de extinción del patrimonio protegido, estando esto favorecido por el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, este supuesto plantea dificultades en cuanto a su encaje, especialmente si se atiende a la teoría general del patrimonio que determina que ni se puede constituir, modificar extinguir un patrimonio si no se hace en virtud de la Ley.

f) El concurso de acreedores del patrimonio protegido.

La insolvencia fue una de las causas de extinción que se trató de introducir con la tramitación de la Ley 41/2003, no obstante, no se introdujo finalmente por considerarse insuficiente con el régimen general para las situaciones de insolvencia. Partiendo del artículo 1 de la LC⁵⁹, se posibilita la declaración concursal de la persona natural y jurídica. Es en el primer caso, en el que se aprecia como las personas discapacitadas o incapacitadas judicialmente pueden encontrarse sometidas en caso de insolvencia a un procedimiento de declaración concursal. Con ello, puede determinarse que el concurso de acreedores puede constituir una de las causas de extinción en virtud de las cuáles puede el Juez decide si ordenarla o no. De la aceptación del concurso como causa de extinción derivarían una serie de consecuencias.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 131.

⁵⁸ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, pág. 141.

⁵⁹ En adelante, Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

En cuanto al destino de los bienes al producirse la extinción del patrimonio protegido, la Ley 41/2003 establece que en primer lugar será necesario considerar la voluntad de los aportantes y en caso de que éstos no hubiesen decretado nada se aplicarían los efectos que prevé dicha Ley en relación con las causas que dan lugar a la extinción del patrimonio protegido, los cuales se aplicarán siempre que el aportante de un bien o derecho no haya previsto un destino diferente al contenido en la Ley.

Por un lado, si la extinción del patrimonio se origina por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad, el patrimonio protegido pasará a constituir la masa hereditaria, y se destinarán a los herederos del discapacitado beneficiario⁶⁰. Por otro lado, si se tratase de un supuesto de herencia yacente, provocado por el hecho de los llamados a heredar no acepten la herencia del discapacitado con carácter inmediato, es necesario que esta herencia se administre por un tiempo para evitar que se pierdan sus elementos. Ciertos autores se cuestionan sobre qué persona se encontraría realmente facultada para ejercer el cargo de administrador de dicha herencia yacente⁶¹, entendiéndose que dicho cargo en caso de existencia de testamento con otorgamiento expreso de esa facultad, será desempeñado por el albacea y sin la existencia del mismo, por el albacea, pero teniendo su actuación limitada a actuar únicamente en actos relacionados con la defensa del testamento y de la herencia.

En cuanto a la declaración de fallecimiento y ateniéndonos a lo estipulado en los artículos 195 y 196 del CC, hasta que la misma no conste con carácter firme, no se entenderá abierta la sucesión. Finalmente, como otro aspecto a tener en cuenta destaca que como se indica en los anteriores artículos, los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta que hayan transcurrido cinco años desde que se produjo la declaración de fallecimiento

Por otro lado, en el caso de que la extinción se produzca por perder la persona discapacitada la condición de tal, la Ley 41/2003 determina que los bienes permanecerán en posesión de la persona con discapacidad atendiendo a lo establecido en las normas del CC o de los derechos forales aplicables. En este caso, los bienes de la persona discapacitada dejarán de formar parte de patrimonio protegido, integrándose en el patrimonio personal del titular y respondiendo dicho patrimonio en exclusiva de las

⁶⁰ Efectos derivados del mencionado artículo 6.1 de la Ley 41/2003.

⁶¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, págs. 140 y 141.

deudas contraídas. No obstante, si se apoya la idea de que los bienes que constituyen el patrimonio protegido conforman una masa patrimonial independiente con la consiguiente limitación de responsabilidad, los mismos no debieran responder de las deudas del patrimonio personal. Por tanto, sería necesario proceder a la previa liquidación del patrimonio protegido, cancelando las deudas que se ostentasen en ese momento, y una vez producido esto, integrar el remanente en el patrimonio personal; será entonces a partir de este momento cuando debido a la integración ambas masas patrimoniales, éstas responderán conjuntamente de las deudas generadas a título personal.

3.3.6. Ventajas fiscales del patrimonio protegido

En cuanto al régimen tributario es necesario considerar, primeramente, las ventajas fiscales que obtienen los aportantes al patrimonio protegido como sujeto contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas,⁶² así como sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades⁶³.

Respecto al primer supuesto, cabe mencionar que, con el objetivo de promover las aportaciones a patrimonios protegidos a título gratuito, se introdujo, mediante la Ley 41/2003, una reducción en la base imponible del IRPF para los contribuyentes que realicen las mencionadas aportaciones, así como una exención para las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto como consecuencia de las mismas⁶⁴. Atendiendo al artículo 54.1 de la LIRPF, estos aportantes deben presentar una relación de parentesco con el discapacitado en línea recta o colateral hasta el tercer grado inclusive incluyéndose a su cónyuge y las personas que estuviesen a cargo del mismo en régimen de tutela o acogimiento. Por tanto, quedan excluidas de la aplicación de la reducción las personas que no figuren entre las mencionadas en el artículo anterior. Esto genera problemas en primer lugar con el supuesto de las aportaciones realizadas por el beneficiario discapacitado al patrimonio protegido, las cuáles no generan derecho a reducción⁶⁵ pese a que las aportaciones realizadas por los mismos sujetos a sistemas de previsión social como son los planes de pensiones si dan derecho a reducción. Consideramos que esto está justificado dado que en el caso de las aportaciones a los planes de pensiones, la capacidad

⁶² En adelante, IRPF.

⁶³ En adelante, IS.

⁶⁴ Estas medidas fueron incluidas con alguna modificación, en *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. En adelante, LIRPF.

⁶⁵ Art. 54.4 párrafo segundo.

económica se manifestará cuando tengan disposición de dichos fondos (por ejemplo, al cumplirse la edad de jubilación) y será cuando se graven las rentas obtenidas. Sin embargo, en el caso de la aportación a un patrimonio protegido, no se produce una pérdida de disposición de dichos fondos sino que los mismos pasan a formar parte de dicha masa patrimonial. Por tanto, dado que la principal finalidad de la reducción es diferir el gravamen de la capacidad económica manifestada al disponer de los fondos y dado que en el patrimonio protegido no se produce una falta de disposición de los mismos, se justifica que esta reducción sea aplicable únicamente a los planes de pensiones. De igual manera, esta inaplicación de la reducción se ve compensada por la ausencia de tributación por ejemplo, al descomponerse el patrimonio protegido e integrarse en el patrimonio personal de su titular⁶⁶. Con la misma problemática se situarían aquellos terceros con interés legítimo en realizar aportaciones a dicho patrimonio protegido, pero que no presentasen los vínculos requeridos en el artículo 54.1. En este caso, entendemos que se ostenta cierta desconfianza a que dichos sujetos pretendan llevar a cabo medidas de defraudación fiscal si al realizar dichas aportaciones les fuese de aplicación la mencionada reducción, no obstante, consideramos que lo conveniente sería aplicar medidas como son cautelas legales sin que fuese necesario la completa exclusión del beneficio fiscal que les proporcionaría la aplicación de la reducción⁶⁷. Finalmente, atendiendo al artículo 54.4 de la LIRPF, las aportaciones de elementos afectos a la actividad económica desempeñada por los contribuyentes del IRPF tampoco generarán derecho a reducción.

En cuanto a las personas que se indican en el mencionado artículo 54.1, éstas podrán aplicar como cuantía máxima la reducción de la base imponible del aportante hasta el límite máximo de 10.000 euros anuales. Dicho límite opera, conforme lo establecido por la Dirección General de Tributos *para el conjunto de las aportaciones que cada aportante realice a patrimonios protegidos*. De igual manera, existe otro límite de 24.250 euros anuales para la totalidad de las reducciones practicadas por todas las personas que realicen aportaciones a un mismo patrimonio protegido. Hay que tener en cuenta que cuando se realicen varias aportaciones a un patrimonio protegido y que superen este límite

⁶⁶ LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad*, nº 4, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, págs. 21-22.

⁶⁷ MARTÍN DÉGANO, I. y LUCAS DURÁN, M.: *Guía de la fiscalidad de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas*, Fundación ONCE, 2ª edición, 2007, pág. 89.

de 24.250, las reducciones relativas a las mismas se minorarán de manera proporcional al importe de las respectivas aportaciones. Por otro lado, en el caso de la tributación conjunta, a modo de ejemplo, si ésta se presenta por dos cónyuges que realicen aportaciones a patrimonios protegidos, cada uno de ellos podrá deducir 10.000 euros como máximo, todo ello, sin que la base liquidable de la tributación conjunta quede negativa. A tenor del artículo 54.2 de la LIRPF, el excedente que se genera como consecuencia de sobrepasar los límites dará derecho a reducción en las bases imponibles generales positivas de los cuatro años siguientes. Así cuando en un periodo impositivo concurren las reducciones de ejercicios anteriores y pendientes de efectuar, se dará prevalencia a las correspondientes con ejercicios de mayor antigüedad. Las aportaciones a realizar podrán tener carácter dinerario o no dinerario; en este segundo caso, la LIRPF establece que no se produce una ganancia o pérdida patrimonial para el aportante y además, hay que tener en cuenta que cuando no sea posible determinar su valor, se atenderá al importe de la aportación fijado en el artículo 18 de la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo*⁶⁸.

En cuanto al supuesto en el que el aportante sea a su vez sujeto pasivo del IS, el artículo 16 de la Ley 41/2003, estableció una deducción en la cuota íntegra del IS para las aportaciones realizadas a patrimonios protegidos por dichos sujetos, para los períodos

⁶⁸ 1. La base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones realizados en favor de las entidades a las que se refiere el artículo 16 será:

a) En los donativos dinerarios, su importe.

b) En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.

c) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.

d) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.

e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

f) En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español a que se refieren los párrafos d) y e) del apartado 1 del artículo 17 de esta Ley, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

2. El valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior tendrá como límite máximo el valor normal en el mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión.

impositivos que se hubiesen iniciado a partir del 1 de enero de 2007⁶⁹. No obstante, como consecuencia de la redacción del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades se introdujo la Disposición adicional décima, que establecía que para los períodos impositivos de 2007 al 2010 se reducía este anteriormente mencionado beneficio fiscal hasta desaparecer en la actualidad. De manera independiente a esta deducción, es necesario considerar que las aportaciones a los patrimonios protegidos hechas por los sujetos pasivos del IS, siempre que los mismos pertenezcan a sus trabajadores o a los parientes de los mismos en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, así como sus cónyuges o de las personas que los tengan a su cargo en régimen de tutela o acogimiento constituyen un gasto deducible en la base imponible del IS siempre que no se trate de liberalidades⁷⁰. Esto último implica que la entidad éste obligada a llevar a cabo dichas aportaciones, bien sea por convenio, por contrato de trabajo firmado con los trabajadores, etc⁷¹.

Por otro lado, conviene realizar así mismo un análisis de las ventajas fiscales que supone el régimen tributario aplicable al titular del patrimonio protegido en relación con el IRPF, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁷², el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁷³ y finalmente, el Impuesto sobre el Patrimonio⁷⁴.

Respecto del IRPF, como punto de partida es destacable que las aportaciones que se reciben en el patrimonio protegido, atendiendo al artículo 17.k de la LIRPF y su Disposición Adicional decimoctava determinan que una parte de las mismas se considera rendimiento del trabajo a efectos de esta ley, mientras que la parte que exceda de los límites fijados se considera adquisición lucrativa del titular del patrimonio protegido gravada por el ISD. Cuando las aportaciones sean realizadas por un sujeto contribuyente del IRPF, se calificarán como rendimientos del trabajo del discapacitado hasta los 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 en su conjunto, quedando sujetos al ISD los excedentes de estas aportaciones. Por otro lado, cuando los aportantes sean sujetos

⁶⁹ Dando lugar a una nueva redacción al artículo 36.quáter de la Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁷⁰ Art. 14 del Texto Refundido del Impuesto de Sociedades

⁷¹ Vid. ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, 1º edicc., Thomson, 2009., pág. 299

⁷² En adelante ISD.

⁷³ En adelante ITPAJD.

⁷⁴ En adelante IP.

pasivos del IS, las aportaciones a favor del patrimonio protegido del discapacitado serán consideradas como rendimientos del trabajo para éste, siempre que hayan sido gasto deducible en el IS del aportante y cumpliendo con el límite de 10.000 euros anuales. Las cantidades que excedan de este límite tributarán conjuntamente con los excedentes de las aportaciones realizadas a sistemas de previsión social del discapacitado como rendimiento de trabajo por el IRPF. Finalmente, conviene mencionar que las rentas generadas por los bienes y derechos que componen el patrimonio protegido tendrán una calificación concreta en base a la fuente de la que procedan.

En cuanto al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, el excedente de aportaciones realizadas al patrimonio protegido que no tribute como rendimiento del trabajo será gravado por el ISD. Atendiendo a si las aportaciones se llevan a cabo por actos *intervivos* o *mortis causa* será diferente el régimen que se aplique en el ISD en función de cada una, siendo mayores las ventajas fiscales en las realizadas por actos *mortis causa*⁷⁵. Dado que la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones⁷⁶ no determina ningún beneficio fiscal aplicable específicamente a las aportaciones a patrimonios protegidos, los únicos beneficios serían los previstos estatalmente por razón de parentesco con el causante, discapacidad del sujeto pasivo o por la naturaleza de los bienes objeto de transmisión (como los previstos por ejemplo para la transmisión de bienes del Patrimonio Histórico Español). En cuanto a la normativa autonómica, en algunas Comunidades Autónomas existe una mejora en la tributación de las mencionadas transmisiones. Por otro lado, para aquella parte de las aportaciones a patrimonios protegidos que no ostenten la consideración de rendimiento del trabajo, se han introducido reducciones en la base imponible y deducciones y bonificaciones en la cuota del ISD en determinadas Comunidades como por ejemplo Baleares (99%)⁷⁷, Canarias (95%)⁷⁸ y Castilla y León (100% con el límite de 60.000)⁷⁹.

⁷⁵ LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *op. cit.*, pág. 13.

⁷⁶ En adelante LISD.

⁷⁷ Artículo 28 de la Ley 22/2006, de 19 diciembre, de Reforma del Impuesto sobre sucesiones y donaciones. Hoy contenida en el artículo 49 del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado.

⁷⁸ Artículo 26. quinquies del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

⁷⁹ Artículo 23 del Decreto Legislativo 1/2008, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de Tributos cedidos por el Estado. Hoy contenida en el artículo 18 del Decreto Legislativo 1/2013, de 12 septiembre, por el que

Respecto al ITPJDA, la Ley 41/2003 en su artículo 17 introdujo con efectos desde el 1 de enero de 2004, un nuevo apartado del artículo 45.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que establece que se encuentran exentas de ese impuesto las aportaciones realizadas a patrimonios protegidos en las tres modalidades que recoge el impuesto que son las transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones de carácter societario y los actos jurídicos documentados. Dentro de estas tres modalidades donde tendría cabida la exención con mayor relevancia sería en la tercera de las indicadas, concretamente en los documentos notariales debido a que tanto las aportaciones iniciales como posteriores al patrimonio protegido deben de llevarse a cabo mediante documento público o resolución judicial⁸⁰. No obstante de acuerdo con el artículo 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados se establece que esta modalidad presenta dos tipos de cuotas, una fija, a la que no será de aplicación la exención y una variable a la que sí lo será; quedando pese a ello la exención reducida solamente a casos en los que la aportación al patrimonio protegido sea un bien o derecho inscribible en los Registro de la Propiedad, Propiedad Industrial, Mercantil o de Bienes Muebles y no se encuentre sujeta al ISD⁸¹.

Finalmente, en relación con el IP, en su propia ley⁸², no establece beneficio fiscal alguno para los bienes y derechos que conforman el patrimonio protegido. Por tanto, sólo se aplicarán a tales bienes los beneficios que prevé dicha ley sobre determinados bienes como son vivienda habitual, empresas, etc. Dado que se trata de un impuesto cedido a las CC.AA., éstas ostentan de competencias para establecer el mínimo exento, tarifas, deducciones, etc. Como consecuencia de la ausencia de regulación y la aplicación de este

se prueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

⁸⁰ Vid. Artículos 3.1 y 4 de la Ley 41/2003.

⁸¹ 1. *Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, se extenderán, en todo caso, en papel timbrado de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario. Las copias simples no estarán sujetas al impuesto.*

2. *Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.*

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos.

⁸² Concretamente, la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

régimen general, algunas CC.AA., han determinado beneficios fiscales para los discapacitados que conllevan la absoluta anulación del impuesto para dicho colectivo que resida en su territorio.

3.4. Otros mecanismos de protección

Mediante el testamento se permite establecer de un lado, las personas que se desea que ostenten el cargo de tutores o curadores y de otro, la disposición de los bienes que se transmiten tras el fallecimiento. Si bien se ha venido tratando de mejorar la situación de los descendientes discapacitados, otorgándoles con preferencia el tercio de mejora y de libre disposición, frente a otros descendientes, este mecanismo por lo general (hay que tener en cuenta que dependerá de la CC.AA.) ha presentado una serie de ventajas fiscales, entre otras reducciones por parentesco (incluso en el caso de que el fallecido sea persona distinta del ascendiente) de unos 50.000 euros cuando el destinatario de la herencia ostenta una discapacidad mayor del 33% y del triple en el caso de que ésta sea superior al 65% o bonificaciones en la cuota de hasta el 99%.⁸³

Otro mecanismo que se emplea (especialmente en aquellos casos en los que los progenitores no posean bienes que transmitir a sus descendientes) es la suscripción de un seguro de vida, para que al fallecer los primeros, las cantidades estipuladas se perciban por los descendientes discapacitados. El coste del seguro variará en función de diversos aspectos como son la edad, la profesión o el capital que el asegurado quiera que se entregue a sus hijos al producirse su fallecimiento, siendo destacable que conforme se incrementa la edad del asegurado, la prima disminuye puesto que existe mayor riesgo de que suceda la contingencia de fallecimiento o bien como también es habitual, de invalidez absoluta o permanente. Es destacable que en el ISD existe una reducción aplicable cuando los descendientes discapacitados reciben la cantidad estipulada limitada a 9.195 euros de lo entregado, que, no obstante, podrá ser mayor en ciertas CC.AA.⁸⁴.

Finalmente, es destacable la constitución de planes de pensiones como medios que permiten ahorrar ciertas cantidades para ayudar a cubrir gastos de forma conjunta con las pensiones públicas al producirse la jubilación; siendo los beneficiarios de los mismos,

⁸³DE PABLO VARONA, C., “Reflexiones sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad intelectual. Especial referencia a su fiscalidad. Parte I”, Revista Síndrome de Down, Vol. 34, 2017, págs. 114-124. Disponible en: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/12811/ReflexionesSobreProtección.pdf?sequence=1> [Consultado el 17 de marzo de 2018]

⁸⁴ *Ibidem*

discapacitados psíquicos mayores del 33%, físicos o sensoriales mayores del 65% y los declarados incapacitados judicialmente con independencia de su grado. Respecto a la disponibilidad de los fondos, hay que tener en cuenta que por regla general, sólo se pueden rescatar los derechos contenidos en el plan cuando se cumpla la edad de jubilación, se declare la invalidez, dependencia severa o gran dependencia, fallecimiento del titular y singularmente en caso de que sufra una situación de desempleo por un período de larga duración o enfermedad calificada como grave; todo esto hace que sean instrumentos carentes de gran liquidez; además la reforma introducida establece la posibilidad de retirar las aportaciones que se hayan realizado desde hace 10 años. Atendiendo al artículo 13 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, se encuentran supuestos en los que se tienen en cuenta la concreta situación que presentan las personas discapacitadas, disminuyendo las exigencias para que se pueda producir el rescate de los mencionados derechos mediante la contemplación de supuestos más amplios tanto de edad como de parentesco entre el discapacitado y los familiares del mismo que se jubilen, fallezcan o se encuentren en situación de incapacidad o dependencia. Por último, en cuanto a las ventajas fiscales de estos mecanismos, conviene destacar que éstas existen tanto para el aportante al desempeñar la aportación como para el beneficiario tanto en este momento como en el de rescate. En primer lugar, en cuanto a las aportaciones que lleva a cabo el discapacitado o bien su cónyuge o familiares consanguíneos hasta el tercer grado, están exentas de tributación en su totalidad; sin embargo, existen límites establecidos por la LIRPF en cuanto a la cuantía de las mismas, por un lado, las realizadas por los familiares presentan un límite de 10.000 euros anuales, por otro, las llevadas a cabo por un discapacitado tienen un límite de 24.250 euros anuales, finalmente, si se hacen por varias personas entre las que se incluye al discapacitado, existe un límite conjunto para todas ellas de 24.250 euros anuales. En segundo lugar, se establece que las prestaciones que reciba el discapacitado quedan exentas de gravamen hasta 22.365,42 euros, (esto es tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples), siempre que se trate de una renta de carácter temporal o vitalicio; la cantidad que excediese sería objeto de tributación como rendimiento del trabajo. Es destacable que dicha ventaja sólo se aplicará cuando se trate de un plan de pensiones que desde su constitución ha tenido como beneficiario a una persona discapacitada, no entrando por tanto, supuestos de discapacidad sobrevenida⁸⁵.

⁸⁵ *Ibidem*

4. COMPARACIÓN DEL TRUST Y PATRIMONIO PROTEGIDO

4.1. Análisis comparativo de la figura del *trust* anglosajón con el patrimonio protegido

Si bien la figura del *trust* anglosajón se caracteriza por ser muy flexible, adaptada a las necesidades y conveniencias de cada caso, dentro del ámbito de la protección patrimonial del discapacitado, la figura concreta que por excelencia se encarga de su regulación es el *trust for disabled*. Esta figura se caracteriza por la transmisión de la propiedad de bienes a través de un negocio *intervivos o mortis causa* por un sujeto llamado *settlor* o constituyente, que bien puede ser una persona que desee beneficiar al discapacitado o el propio futuro discapacitado mientras ostente capacidad en previsión de una futura pérdida de la misma, a otra persona llamada *trustee*. Éste último, será el encargado de la gestión y administración de dichos bienes y verdadero propietario, pero siempre atendiendo al interés del beneficiario, en este caso, la persona con discapacidad.

En coexistencia con esta figura del *trustee*, destaca el nombramiento de una persona, normalmente el tutor o curador del discapacitado, que ejercerá el cargo de guardián o protector, supervisando la actuación del primero e informando a éste sobre las necesidades de la persona discapacitada⁸⁶.

A raíz de lo comentado, es posible detectar una serie de aspectos en común entre el *trust* y el patrimonio protegido de otros que los separan.

En primer lugar, existen una serie de semejanzas, consistentes en lograr la satisfacción de las necesidades de las personas discapacitadas mediante la constitución de una masa patrimonial carente de personalidad jurídica. En cuanto a la administración, en ambos instrumentos, suele ser ejercida por una persona distinta del propio beneficiario, salvo que se diese el supuesto en el que la persona discapacitada ostentase capacidad de obrar suficiente para realizar personalmente la gestión del mismo. Por último, existe la posibilidad de que en el acto de constitución de ambas figuras, se pueda dar a los bienes el destino que el constituyente o los aportantes a las mismas consideren pertinente.

⁸⁶ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2005, págs. 134 y ss.

En cuanto a las diferencias entre ambas figuras, MARTÍN SANTISTEBAN⁸⁷ destaca como primer aspecto a considerar la diferente flexibilidad de constitución en ambas figuras. Si bien en el *trust*, no se requiere ningún tipo de formalismo, en el patrimonio protegido se hace necesario un documento público o resolución judicial. Otro aspecto diferenciador de ambas figuras se encuentra en la limitación relativa a los destinatarios del patrimonio protegido establecida por la Ley 41/2003, dirigido exclusivamente a personas con una discapacidad psíquica superior al 33% y física o sensorial del 65%, sin necesidad de estar acompañada de una incapacitación declarada judicialmente. En el *trust*, en cambio, el rango de sujetos beneficiarios se amplía en gran medida, encontrándose entre los mismos, no sólo personas discapacitadas sino también ancianos y menores de edad. Pese a ello, podría decirse que la diferencia más destacada entre ambas figuras se encuentra en la responsabilidad patrimonial, dado que en el *trust* el *trustee* posee el patrimonio destinado a satisfacer al beneficiario de manera independiente a su propio patrimonio mientras que en el patrimonio protegido, a falta de especificación de la ley, provoca una desprotección del discapacitado. Mediante el *trust*, por tanto, se constituye un patrimonio separado al que los acreedores del *settlor* y del *trustee* no pueden atacar, existiendo así mismo, la posibilidad de enajenarlo por el *trustee* en el caso de producir escasos rendimientos y sin necesidad de autorización judicial⁸⁸.

De igual manera, se encuentran otras diferencias, como las relativas a la administración, siendo necesario en el caso del patrimonio protegido, la autorización judicial requerida al administrador para realizar aquellos actos que sean iguales a los desempeñados por el tutor o curador; esto, supone por tanto, que el administrador tiene menor poder de actuación que en la figura anglosajona. Finalmente, y en relación con esto último, la supervisión de ambos se encuentra en que el patrimonio protegido, se realiza por el Ministerio Fiscal con asesoramiento de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, mientras que en el caso del *trust* se lleva a cabo por el “guardián” de dicho patrimonio y la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*⁸⁹.

⁸⁷ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, pág. 141.

⁸⁸ PASTOR ÁLVAREZ, M. C., *op. cit.*, pág. 13-17.

⁸⁹ Es el Tribunal Superior de Justicia, y está formado por tres salas: la División del Tribunal de la Reina (The Queen's Bench Division), la División de la Cancillería (The Chancery Division), y la División de Familia (The Family Division). La División de la Cancillería es la que se ocupa de conocer de los asuntos del *trust*.

4.2. Dificultades de aplicación del *trust* en nuestro Ordenamiento Jurídico

Debido al interés que ha supuesto para algunos Estados la figura del *trust*, muchos han tratado de integrarlo, entre ellos, España. Sin embargo, en el caso concreto del ordenamiento jurídico español, dado que éste se basa en principios diferentes al Common Law, su instauración se hace compleja⁹⁰. Por todo ello, es necesario considerar que existen dos elementos principales que impiden la instauración del *trust* en España.

En primer lugar, se basa en la concepción de propiedad. Dado que el propio Código Civil regula el concepto de propiedad en su art. 348 donde dispone que *La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*. Se observa, entonces, que una persona puede tener la propiedad de un inmueble y otra un derecho de usufructo sobre el mismo. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, existe un derecho de propiedad absoluto sobre el que pueden recaer derechos reales determinados por la ley.

En el mismo sentido, en cuanto al patrimonio protegido, se encuentra una separación entre constituyente, administrador y persona beneficiaria, pudiendo la propiedad recaer sobre la misma persona o no. En este caso, el administrador gestionará los bienes que constituyen el patrimonio protegido para atender a los intereses del discapacitado, siendo éste, el titular y beneficiario de dichos bienes y, por tanto, no ostentando esta titularidad el *trustee*, como ocurre en la figura del *trust*.

Sin embargo, en el caso del *trust*, se trata de una *dual ownership* o propiedad doble. La doctrina⁹¹ viene señalando que en el *trust* la titularidad y gestión se llevan a cabo por una persona distinta del beneficiario del mismo, ya que el *trustee* tiene la titularidad y administración del patrimonio que, en base a las reglas del *Common Law*, es lo que se conoce como propiedad *in law*⁹². Así, éste administra la propiedad en beneficio

⁹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 525 y 526; señala como países con sistemas jurídicos de base romanista regularon el *trust* para no perder volumen comercial con Estados Unidos. Fue el caso de Panamá, México, Venezuela, Argentina entre otros. Otros países ordenamientos que se basan en el Derecho Civil francés como es el caso del Quebec también lo regularon. Países que en la actualidad también cuenta con él son entre otros: China, Rusia, Japón, Francia o Italia.

⁹¹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, págs. 90 y ss.

⁹² Sin embargo esto debe ser matizado, ya que la doctrina, en este caso concreto MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, pág. 91 y ss, apunta que esta característica no es una peculiaridad del derecho inglés ya que pervive según autores en instituciones como la enfiteusis o el derecho de superficie.

de un tercero (que, a su vez, posee la propiedad conocida como *Equity*) o con el propósito establecido por el *settlor*.

En segundo lugar, se encuentra la responsabilidad patrimonial como el otro elemento que supone una dificultad del encaje del trust en nuestro Ordenamiento Jurídico. Esto se debe al hecho de que se configure a través del *trust* y mediante pacto *interpartes*, un patrimonio independiente al personal del *trustee*, al que no pueden acudir los acreedores. En nuestro Derecho, es nuestro propio ordenamiento jurídico en exclusiva el que puede permitir que determinados bienes o conjuntos de bienes respondan exclusivamente de sus deudas, por tanto, esta limitación antes mencionada sólo podría reconocerse si aparece contenida en la Ley.

No obstante, es necesario tener en cuenta que pese a las limitaciones encontradas, la figura del *trust* se muestra como un instrumento que aunque actualmente implique una difícil instauración en nuestro sistema jurídico, puede darse en distintos ámbitos como el financiero, entendiéndose que, nuestro CC es capaz de resolver los problemas que se van planteando y de mostrarse como indicador de la evolución y adaptación del Derecho a lo largo del tiempo.

5. CONCLUSIONES

I.- La necesidad de protección patrimonial de los discapacitados.

Existe un número significativo de personas con discapacidad que por su vulnerabilidad requieren especial protección jurídica y patrimonial para su plena integración social.

La protección patrimonial busca que los discapacitados dispongan de los medios necesarios para vivir dignamente. Esta protección puede proceder de las administraciones públicas (Estado de Bienestar) o tener carácter privado, porque se instrumenta en el entorno familiar del discapacitado. La Ley 41/2003 regula distintas técnicas de protección económica y jurídica de los discapacitados.

II.- El concepto de discapacidad.

Normativamente, pueden distinguirse tres significados del concepto de discapacidad en orden a los niveles de protección que requieren: en sentido amplio, viene contenida en el art.1 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, entiendo por tal, personas que tengan deficiencias tanto físicas, como sensoriales, mentales o intelectuales, sosteniendo que estas personas puedan tener ciertas barreras para desempeñar su participación plena y efectiva en nuestra sociedad y cuya protección estriba en la compensación o remoción de las dificultades para su plena integración; en sentido estricto, viene determinada por tener una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una física o sensorial igual o superior al 65%, cuya protección se concreta en un conjunto de derechos y prestaciones que le facilitan su integración social; en último término, la modificación de la capacidad de obrar (antigua incapacitación) que le impide a la persona gobernarse a sí misma (art. 200 CC), cuya protección descansa en la modificación judicial de la capacidad y en la previsión de los sistemas de apoyo necesarios para la actuación jurídica del discapacitado.

III.- La protección patrimonial de los discapacitados.

La citada ley 41/2003 recoge un conjunto de técnicas de protección a los discapacitados. Entre ellas, destacan la autotutela, el apoderamiento preventivo y el patrimonio protegido.

La autotutela y el apoderamiento preventivo son figuras que pretenden anticipadamente resolver los problemas de autogobierno en que pueden incurrir las personas por patologías de la tercera edad, previendo un sistema de gestión de sus asuntos.

IV.- El patrimonio protegido.

El patrimonio protegido constituye la principal técnica de protección patrimonial de los discapacitados en sentido estricto introducida por Ley 41/20013. Su finalidad es recabar los medios de vida necesarios para los discapacitados y su naturaleza jurídica es la del patrimonio separado o autónomo. El sujeto beneficiario es el discapacitado en sentido estricto (minusvalía psíquica del 33% o física o sensorial del 65% como mínimo). Pueden ser aportantes el propio discapacitado, sus familiares directos y aquellos con interés legítimo, lo que en principio facilitaría la creación de estos patrimonios protegidos.

Son causas de extinción previstas en la ley: la muerte o declaración de fallecimiento del discapacitado y la pérdida de esta condición por el discapacitado. Según la doctrina también: el vaciamiento del patrimonio protegido en su diferente fenomenología (concurso de acreedores...).

La consideración fiscal del patrimonio protegido, aspecto imprescindible para su viabilidad jurídico-económica, es fragmentaria e insuficiente para fomentar y extender este medio de protección de los discapacitados.

V.- El *trust*.

El *trust*, institución del Derecho anglosajón, permite aislar los bienes transmitidos al fondo de las deudas personales que no responden al cumplimiento de la finalidad fiduciaria por la cual es creado. Su incorporación al Derecho español no es fácil por responder a principios jurídicos patrimoniales (propiedad, limitación de la responsabilidad) muy ajenos a los españoles. En este ámbito, la ventaja de la limitación de la responsabilidad que ofrece podría incorporarse por previsión legal especial que expresamente determine que el patrimonio protegido responde únicamente de las deudas generadas en él.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, 1º edic., Thomson, 2009.
- BERROCAL LANZAROT, I., Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad, LA LEY, Derecho de familia, N° 2, Sección Práctica Profesional, Segundo trimestre de 2014.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005.
- CORDERO CUTILLAS, I., *Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?*, CEF Legal, nº 55-56, agosto-septiembre, 2005.
- CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, 1º edic., vol. 1, en AA.VV., Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, 2004.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Incapitación y mandato”, La Ley, Madrid, 2008.
- DE PABLO VARONA, C., “Reflexiones sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad intelectual. Especial referencia a su fiscalidad. Parte I”, Revista Síndrome de Down, Vol. 34, 2017. Disponible en: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/12811/RelexionesSobreProtección.pdf?sequence=1> [Consultado el 17 de marzo de 2018]
- ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. 2, Aspectos económicos y patrimoniales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- FERNANDEZ- PRIDA, F., *La autotutela, La Protección jurídica del discapacitado* (I Congreso Regional), Valencia, 2003.
- FÁBREGA RUIZ, C.F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción*. Academia Sevillana del Notariado Tomo 12, 2, 2008.

LINCERO DE LA FUENTE, M., *El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*, 1 edic., Complutense, Madrid, 2009. Disponible en <https://books.google.es/books?id=2iIQPQzqeg8C&pg=PA1&lpq=PA1&dq=El+derecho+de+la+persona+y+de+la+familia+en+el+siglo+XXI+LINCERO&source=bl&ots=SRpxpOyXIH&sig=QFHF-HTQs1E8aW3WoGnZRCZRA-4&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiQ0fCR6ILZAhXGA8AKHYJJA8sQ6AEIQD AF#v=onepage&q=El%20derecho%20de%20la%20persona%20y%20de%20la%20familia%20en%20el%20siglo%20XXI%20LINCERO&f=false> [Consultado el 30 de enero de 2018]

LINCERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos, 1. Edic.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 687, 2005.

LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad*, nº 4, Instituto de estudios fiscales, 2014.

MARTÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, S/D, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

MARTÍN DÉGANO, I. y LUCAS DURÁN, M.: *Guía de la fiscalidad de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas*, Fundación ONCE, 2ª edición, 2007.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2005.

MARTÍNEZ MAROTO, A., *Diez temas jurídicos de Portal Mayores*, 1 edición, Colección Manuales y Guías, Madrid, 2006. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=cZaGSR1xJ20C&pg=PT91&lpq=PT91&dq=p>

rotegido+se+constituirá+bien+mediante+documento+público+o+bien+mediante
+resolución+judicial.&source=bl&ots=d_jO4V2IMk&sig=9wxd9PNOWnJhuE
AXQQBZDbttUJI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi61_OA34fZAhVIIMAKHXh
5CYwQ6AEIJzAA#v=onepage&q=protegido%20se%20constituirá%20bien%20
mediante%20documento%20público%20o%20bien%20mediante%20resolución
%20judicial.&f=false [Consultado el 16 de febrero de 2018]

MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, E., *La autotutela en el Derecho Civil común*, El Notario del siglo XXI, nº76, 2017. Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2848-la-autotutela-en-el-derecho-civil-comun-0-1290356816063036> [Consultado el 15 de marzo de 2018]

MORETÓN SANZ, M. F., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho UNED*, nº6, 2010.

MORETÓN SANZ, M.F., “Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 2005.

PASTOR ÁLVAREZ, M. C., “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 20/2004 parte Doctrina, 2005.

PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2006.

PÉREZ HUETE, J., *Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados*, Agencia Estatal de Administración Tributaria, nº 29/2004, Instituto de Estudios Fiscales.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M., “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004.

RUIZ DE HUIDOBRO, C., *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, 1º ed., Dykinson S.L., Madrid, España, 2016.

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”, RCDI, N° 695, 2006.

SARTORI, G., *La política, lógica y método en las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económico, 1986,

SEDA HERMOSÍN, M.A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos, Discapacitado, Patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2006.

SERRANO GARCÍA, I, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, 1 Edición, Iustel, 2008.

SERRANO GARCÍA, I., *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 2005*. (2a Ed.) Madrid: Fundación Aequitas

6.2. Webgrafía

<http://dialnet.unirioja.es/>

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>

<http://noticias.juridicas.com/>

<http://vlex.es/>

<http://www.aranzadi.es/>

<http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/>

http://www.ine.es/prensa/epd_2016.pdf. (INE)