



FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO
EN EL DERECHO DE SUCESIONES.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS
PREVISIONES INTRODUCIDAS POR LA
LEY 41/2003

Autor: Javier García-Pelayo
Cermeño

5º E-3B
Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Junio 2019

RESUMEN

A lo largo del Trabajo de Fin de Grado he tratado de exponer el concepto de discapacidad, su componente social, y los diferentes tipos existentes. Una vez realizada dicha aproximación conceptual, me centro en el ordenamiento jurídico español, analizando los diferentes mecanismos jurídicos de protección a las personas discapacitadas.

Así mismo, analizo en profundidad la protección que el derecho sucesorio español brinda a las personas que sufren algún tipo de discapacidad, y en particular las modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 en este ámbito. Finalmente realizo una revisión jurisprudencial con el fin de analizar la aplicación de la regulación de protección al discapacitado tanto en el ámbito del derecho de sucesiones, como en el civil.

Palabras clave: protección, discapacitado, Derecho de Sucesiones, incapacidad, sustitución fideicomisaria, Ley 41/2003.

ABSTRACT

Throughout this document I explain the concept of disability, its social component, and the different existing types. Once this conceptual approach is made, I focus on the Spanish legal system, analyzing the different legal mechanisms for the protection of disabled people.

Also, I deeply analyze the protection that Spanish inheritance law provides to people who suffer some type of disability, and the modifications introduced by Law 41/2003 in this area. Finally I carry out a jurisprudential review in order to analyze the application of the regulation of protection to the disabled in both areas, inheritance law, and civil law.

Keywords: protection, disabled, succession law, inability, trustee substitution Ley 41/2003

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Actualidad del tema	6
1.2 Objetivos del Proyecto de Investigación	7
1.3 Metodología	7
1.4 Estructura del trabajo	8
2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	9
2.1 Componente social del concepto de discapacidad: evolución	9
2.2 Concepto	10
2.3 Tipos de discapacidad	12
2.3.1 Discapacidades físicas.....	12
2.3.2 Discapacidades sensoriales.....	13
2.3.3 Discapacidades psíquicas.....	13
3. PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.. 14	
3.1 La incapacitación	15
3.1.2. El procedimiento de incapacitación	16
3.2 La tutela, la curatela, y el defensor judicial	18
3.2.1 La tutela.....	18
3.2.2 La curatela.....	19
3.2.3 El defensor judicial.....	20
3.2.4 Guarda de Hecho.....	20
3.3 El mandato	20
3.4 Contrato de alimentos	21
4. PROTECCIÓN AL DISCAPACITADO EN EL DERECHO DE SUCESIONES	22
4.1 Introducción	22
4.2 Ley 41/2003 de protección del patrimonio de personas con discapacidad (LPP) 23	
4.2.1 Antecedentes a la ley 41/2003.....	23
4.2.2 Ley 41/2003.....	24
5. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL RECIENTE	37
SAP Burgos de 29 marzo de 2019 (EDJ 2019/590484)	37
STS de 23 abril de 2018, Sala de lo Civil (STS 1394/2018)	39
SAP Vizcaya (Sección 3ª) de 17 abril de 2015 (Núm.113/2015)	40
SAP Vizcaya de 15 noviembre de 2011 (EDJ 2011/367862)	41
SAP Córdoba de 13 de febrero de 2001 (AC 2001/2449)	42
6. CONCLUSIONES	44
7. BIBLIOGRAFÍA	45

A)	LEGISLACIÓN	45
B)	JURISPRUDENCIA	46
C)	RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	46
D)	OBRAS DOCTRINALES	46

ABREVIATURAS

Art.: artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

CIE-10: Clasificación Internacional de Enfermedades

INE: Instituto Nacional de Estadística

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LPP: Ley 41/2003 de protección del patrimonio de personas con discapacidad

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONCE: Organización Nacional de Ciegos Españoles

RAE: Real Academia Española

RD: Real Decreto

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Actualidad del tema

Antiguamente y hasta hace relativamente pocos años, las personas que sufrían algún tipo de discapacidad solían ser rechazadas y menospreciadas por la sociedad, que las consideraba como personas no aptas. No obstante, hoy en día tenemos una mayor conciencia de todas esas limitaciones y han aparecido una serie de métodos, técnicas y dispositivos que posibilitan la integración total de este tipo de personas en la sociedad.

Actualmente, en España el número de personas que sufre algún tipo de discapacidad es muy elevado: las cifras en 2008, cuando el INE realizó la última encuesta de personas con discapacidad, eran de 3,84 millones de habitantes¹. Sin embargo, hoy en día se estima que haya más de cinco millones de habitantes que sufran algún tipo de discapacidad. La tendencia es creciente, lo que quiere decir que las cifras van a seguir aumentando con el paso del tiempo². Gracias a los métodos, técnicas y dispositivos anteriormente mencionados, estos cinco millones de personas pueden llevar a cabo acciones que en un principio escapaban de su alcance, y lograr un mayor nivel de autonomía. Un ejemplo de ello, serían los audífonos para las personas que padezcan sordera o, las sillas de ruedas para todas aquellas personas que tengan discapacidades motoras.

Además, es muy común que tanto las personas discapacitadas como los familiares de éstas se unan formando asociaciones; las cuales prestan asesoramiento, asistencia y buscan empleo a las personas discapacitadas. En España, según el CERMI, hay más de ocho mil asociaciones luchando por los derechos de estos colectivos³. Un ejemplo de estas asociaciones sería la ONCE.

¹ Instituto Nacional de Estadística (INE). Recuperado: <https://www.ine.es/>

² GARCÍA PRESAS, I., *Disposiciones generales sobre discapacidad y dependencia: la delegación de la mejora en el Código Civil*, 2009

³ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Recuperado: <https://www.cermi.es/es/actualidad>

1.2 Objetivos del Proyecto de Investigación

El objetivo principal de este Trabajo de Fin de Grado será analizar la figura del discapacitado y la protección que el ordenamiento jurídico español, y más concretamente el Derecho de Sucesiones le otorga.

Para lograr este objetivo, se analizará brevemente el concepto de discapacidad, su componente social, y los diferentes tipos existentes. Además, se estudiarán los diferentes mecanismos que el ordenamiento jurídico español ofrece para la protección de este colectivo, analizando los artículos del Código Civil y de las diferentes leyes que los contengan.

Por otro lado, como el Trabajo de Fin de Grado se centra en la protección del discapacitado en el derecho sucesorio, debemos profundizar en el estudio de la Ley 41/2003 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. Centrándonos en las reformas que introduce la citada ley en materia Civil, ya que el derecho sucesorio está contenido dentro de este ramo, y dejando de lado lo que afecta al plano fiscal, pues no es relevante para este trabajo.

1.3 Metodología

Con el propósito de alcanzar los objetivos planteados, la metodología empleada consistirá en una revisión de literatura y bibliografía que nos permitirá conocer, comprender y resumir el estado del arte actual sobre este tema.

La legislación ha sido la fuente más utilizada, en donde destacamos el Código Civil, la Ley Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas discapacitadas, la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad de Nueva York, y el Texto Refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad

y de su inclusión social, ya que aquí es donde encontramos los instrumentos jurídicos creados por el legislador para proteger al discapacitado.

En cuanto a la doctrina utilizada, hemos recurrido a manuales de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Estos han sido utilizados para comprender las figuras jurídicas estudiadas durante el trabajo además de para ver la opinión de la doctrina respecto a las mismas.

1.4 Estructura del trabajo

El presente trabajo de investigación está estructurado en 6 capítulos:

El primer capítulo “Introducción” presenta la situación actual de las personas discapacitadas, así como los objetivos del trabajo de investigación y la metodología empleada para cumplir dichos objetivos.

El segundo capítulo analiza el concepto de discapacidad, definiendo también los conceptos de deficiencia y minusvalía que guardan una relación estrecha con el de discapacidad.

En el tercer capítulo se estudia la protección del discapacitado en el ordenamiento jurídico español, analizando los instrumentos jurídicos que dicho ordenamiento proporciona con la finalidad de proteger al discapacitado.

El cuarto capítulo aborda la protección al discapacitado en el Derecho de Sucesiones, donde se analiza en profundidad la Ley 41/2003 de protección del patrimonio del discapacitado y las modificaciones que la misma ha introducido en materia de sucesiones.

En el quinto capítulo se realiza una revisión de la jurisprudencia relativa al tema del trabajo, para ver la interpretación de los magistrados sobre los artículos y conceptos estudiados.

Por último, el sexto capítulo “Conclusiones”, trata de dar respuesta a los objetivos planteados, además de dar una opinión crítica sobre la situación actual de las personas discapacitadas y los medios jurídicos de protección a su alcance.

2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

2.1 Componente social del concepto de discapacidad: evolución

El concepto de discapacidad ha variado con el paso de los años. Hemos pasado de tener una perspectiva paternalista y asistencial de la discapacidad, pues al discapacitado se le veía como un ser dependiente y necesitado, a ver al discapacitado como un individuo con habilidades, recursos y potencialidades.

Este cambio de perspectiva se ha visto acompañado de avances paralelos tanto en el tratamiento médico como en la inserción social de las personas discapacitadas.

A principios del siglo XV la discapacidad tenía un enfoque técnico-secularizado, pues se creía que la discapacidad era el resultado de un fenómeno natural, un accidente, que requería de una terapia, es entonces cuando se crean los primeros psiquiátricos con la finalidad de rehabilitar a las personas que padeciesen algún tipo de discapacidad psíquica. Por otro lado, las discapacidades físicas y sensoriales se consideraban como un castigo divino, y por este motivo ni se trataban ni se deseaba su inserción social, las personas que las padecían las ocultaban.

Durante la primera mitad del siglo XX la discapacidad tenía un enfoque médico y asistencial, lo que generó la estigmatización de las personas con discapacidad, a las cuales se las veía como seres dependientes y necesitados, dando lugar a la perspectiva paternalista que hemos mencionado anteriormente.

Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XX se reconoce que el entorno social es un factor determinante en las limitaciones que una persona discapacitada presenta, pudiendo mitigarlas o potenciarlas. Es decir, se pone el acento en el origen social de la discapacidad, su prevención, rehabilitación, e inserción social. Surgen los primeros movimientos sociales, a través de asociaciones formadas por los propios discapacitados y sus familiares, con la finalidad de reivindicar y defender los derechos de las personas con discapacidad.

2.2 Concepto

La definición del concepto discapacidad es muy compleja, ha originado y origina numerosos debates, que suscitan cuestiones como la igualdad, la marginación, la participación, la justicia social, etc. En este contexto el papel de las propias personas que sufren alguna discapacidad y el afán de los organismos internacionales por superar los lastres históricos de la definición incorporando el punto de vista de las personas afectadas cobran especial relevancia⁴.

Para definir y comprender el concepto de discapacidad debemos entender también los conceptos de deficiencia y minusvalía, que están profundamente relacionados con el concepto de discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, establece que *“la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Por tanto, para que exista una discapacidad, tiene que haber una deficiencia”*. es decir, que haya un déficit o falta de algo.

Según la OMS, una deficiencia *“es toda pérdida o anormalidad, permanente o temporal, de una estructura o función psicología, fisiológica o anatómica”*. La deficiencia afecta al órgano, y produce una limitación funcional que se manifiesta en la vida cotidiana de la

⁴ CÁCERES RODRÍGUEZ, C., *Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS*, Audito: Revista Electrónica de audiología. Vol2(3), 2004, pp. 74-77

persona afectada. Existen varios tipos de deficiencias: físicas, psíquicas, sensoriales e intelectuales o mentales; cada uno de estos tipos puede llevar a una discapacidad.

Una vez hemos estudiado y comprendido el concepto de deficiencia, podemos comprender el de discapacidad. Según la OMS, discapacidad *“es una limitación funcional, consecuencia de una deficiencia, que se manifiesta en la vida cotidiana. La discapacidad, del mismo modo que la deficiencia, puede ser congénita o adquirida, temporal o irreversible, y progresiva o regresiva”*.

En relación con el concepto minusvalía, la OMS establece que una minusvalía *“es la situación desventajosa en la que se encuentra una persona determinada, como consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita, o impide, el cumplimiento de una función que es normal para esa persona, según la edad, sexo y los factores sociales y culturales”*⁵.

Considerando las tres clasificaciones realizadas, a la hora de diagnosticar una discapacidad a una persona, el diagnóstico deberá formularse atendiendo a las deficiencias que originan la discapacidad y a las consecuencias que puedan acabar en minusvalía⁶.

A continuación, veremos una serie de ejemplos para facilitar la distinción de los conceptos previamente mencionados: (i) Una persona que nacer, nace sin piernas (deficiencia motora) tiene problemas a la hora de andar (discapacidad motora) debido a estas dificultades, tiene problemas de independencia física (minusvalía); (ii) Una persona que padece esquizofrenia (deficiencia psíquica) tiene problemas en su conducta (discapacidad psíquica) que pueden derivar en problemas de integración (minusvalía). No siempre estos conceptos siguen una relación causal directa. Por ejemplo, una persona puede sufrir astigmatismo (deficiencia visual) pero como usa gafas esta deficiencia no le impide realizar ninguna actividad en su día a día; sin embargo, si a pesar de llevar gafas

⁵ Organización Mundial de la Salud (OMS). Recuperado de: <https://www.who.int/es>

⁶ CÁCERES RODRÍGUEZ, C., *Sobre el concepto de discapacidad...*, op. cit., pp. 74-77

no ve con normalidad, entonces esa persona sufrirá una discapacidad. Solo sufrirá una minusvalía cuando su posibilidad de integración social se vea afectada⁷.

Por otro lado, la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad establece en su artículo 1 la definición de discapacidad, esta es *“la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*. Si acudimos a la legislación española, el artículo 2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social reproduce literalmente esta definición.

Por último, la RAE, en consonancia con lo mencionado previamente, define el concepto de discapacidad como: *“Falta o limitación de alguna facultad física o mental que imposibilita o dificulta el desarrollo normal de la actividad de una persona”*⁸.

2.3 Tipos de discapacidad

Para la clasificación de los diferentes tipos de discapacidad nos apoyaremos en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Las discapacidades se clasifican en tres grandes grupos: (i) discapacidades físicas; (ii) sensoriales; y (iii) psíquicas.

2.3.1 Discapacidades físicas

Las discapacidades físicas son aquellas que suponen alguna deficiencia o limitación motora y/o visceral, que impiden a la persona que las padece llevar a cabo las distintas actividades del día a día.

⁷ ACERA, M., *El concepto de Discapacidad: diferencias entre la discapacidad, deficiencia, minusvalía*, Deusto Salud, 2015

⁸ Real Academia Española (RAE). Recuperado de: <http://www.rae.es/>

Este tipo de discapacidad suele aparecer por problemas durante el embarazo, así como por accidentes que causen daños graves en el cuerpo y en concreto en la médula espinal.

2.3.2 Discapacidades sensoriales

Las discapacidades sensoriales se deben a la carencia o deficiencia de alguno de los cinco sentidos. Destacamos la discapacidad sensorial auditiva, y la visual.

2.3.3 Discapacidades psíquicas

a) Discapacidad intelectual

Según la Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo “*la discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en habilidades conceptuales, sociales y prácticas. La discapacidad intelectual se origina antes de los 18 años*”

Por lo tanto, la discapacidad intelectual se diagnostica a partir de la consideración de tres criterios:

- El Funcionamiento intelectual. Por inteligencia entendemos la “facultad mental que nos permite aprender, entender, razonar, tomar decisiones y formarse una idea determinada de la realidad”.⁹ Por lo tanto, las personas con discapacidad intelectual tienen problemas a la hora de comprender ciertas ideas complejas, así como en la capacidad de razonar.
- Funcionamiento de comportamiento adaptativo. Por comportamiento adaptativo entendemos el conjunto de habilidades que las personas vamos adquiriendo durante nuestro día a día y que nos ayudan a desenvolvernos en nuestra vida cotidiana. Por lo tanto, no basta con tener un funcionamiento intelectual bajo, sino

⁹ Real Academia Española (RAE). Recuperado de: <http://www.rae.es/>

que además el comportamiento adaptativo tiene que ser también bajo para ser una persona discapacitada.

b) Trastorno mental

La CIE-10 de la OMS da la siguiente definición de trastorno mental: *“una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desarrollo que se traduce en trastornos del comportamiento, del razonamiento, de la adaptación a las condiciones de vida y de la comprensión de la realidad”*¹⁰.

La CIE-10 establece una clasificación muy amplia de trastornos mentales, entre los cuales destacamos: la depresión, el trastorno bipolar, la esquizofrenia y el trastorno de ansiedad por ser los que tienen mayor incidencia en la población¹¹.

Una vez hemos estudiado y comprendido el concepto y los diferentes tipos de discapacidad que existen, estudiaremos los diferentes mecanismos que existen en el ordenamiento jurídico español para la protección de las personas discapacitadas.

3. PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Antes de estudiar y analizar la protección de los discapacitados en el derecho sucesorio, vamos a estudiar brevemente la protección que el ordenamiento jurídico español brinda a las personas discapacitadas o con algún tipo de minusvalía.

En un principio, en España, toda persona mayor de edad tiene capacidad de obrar. No obstante, esto no es siempre así, ya que podemos encontrarnos con personas que sufren

¹⁰ Organización Mundial de la Salud (OMS). Recuperado de: <https://www.who.int/es>

¹¹ COMUNIDAD DE MADRID, *Concepto de discapacidad*. Recuperado de: http://www.madrid.org/cs/BlobServer?blobkey=id&blobwhere=1310853507259&blobheader=application%2Fpdf&blobheadname1=Content-Disposition&blobheadvalue1=filename%3D2-CONCEPTO+DE+DISCAPACIDAD_2.pdf&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs

alguna discapacidad o minusvalía que les impide gobernarse por sí mismas. Para la protección de estas personas surge la figura jurídica del incapaz y el procedimiento de incapacitación¹².

Además de la incapacitación, veremos otros instrumentos jurídicos de protección como: la tutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho, el mandato, y, por último, el contrato de alimentos.

3.1 La incapacitación¹³

La incapacitación está regulada en Libro Primero -De las Personas-, Título IX del Código Civil, en adelante CC. El concepto incapaz es un término jurídico que expresa la necesidad de protección que requiere una persona, sin que esta protección suprima la personalidad de quien la necesita. Por lo tanto, una persona declarada incapaz judicialmente no estará anulada como persona, ya que la limitación afecta únicamente al ámbito jurídico de esa persona con el fin de protegerla.

El CC, en consonancia con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 de la CE, establece en su artículo 199 que “*nadie puede ser declarado incapaz sino es por sentencia judicial firme en virtud de las causas establecidas en la Ley*”¹⁴. Además, el artículo 200 dispone que serán causas de incapacitación “*...las enfermedades o deficiencias persistentes ... siempre que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”¹⁵. De esta forma, la incapacidad que puede concurrir en una persona se resolverá en un juicio sobre la capacidad de la persona.

¹² PÉREZ DEL CAMPO, M., *Protección y Derechos de las personas discapacitadas en el ordenamiento jurídico español*, p. 2

¹³ Si bien la Ley de Jurisdicción Voluntaria habla de capacidad modificada judicialmente al objeto de adaptarse a la nueva terminología del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el CC sigue hablando de Incapacitación y de Incapacitado.

¹⁴ Vid. Artículo 199 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela)

¹⁵ Vid. Artículo 200 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela)

Una característica especial de este proceso es que no se admite el allanamiento, la renuncia, ni la transacción de la demanda, pues se trata de un procedimiento de naturaleza cuasi pública¹⁶. Del mismo modo, la incomparecencia de alguna de las partes no determinará la suspensión del juicio, sino que se continuará con su tramitación¹⁷.

3.1.2. El procedimiento de incapacitación

El proceso de incapacitación, como es lógico, se inicia con la presentación de la demanda al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que resida el presunto incapaz, solicitando al mismo la declaración de incapacitación de una persona por darse en ella alguna de las causas del artículo 200 del CC.

Las personas legitimadas para interponer la demanda a tenor del artículo 757.1 de la LEC son¹⁸:

- *“El presunto incapaz*
- *El cónyuge o persona que se encuentre en situación de hecho asimilable*
- *Los descendientes, ascendientes, o hermanos del presunto incapaz”.*

¿Qué ocurre si ninguna de las personas mencionadas existe o no hubieran solicitado la demanda? El apartado 2 establece que en el caso de que las personas mencionadas anteriormente no existieran o no la hubieran solicitado, el Ministerio Fiscal de conocer el dato deberá promover la declaración de incapacidad.

Como podemos observar, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la declaración de incapacidad, mientras que para la familia no es obligatorio. Con ello queda patente la obligación que tienen los poderes públicos de amparar a las personas que se

¹⁶ Pues el amparo a personas en una situación desfavorable es una obligación a los poderes públicos. Artículo 49 de la CE *“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”.*

¹⁷ PÉREZ DEL CAMPO, M., *Protección y Derechos de las personas discapacitadas...*, op. cit., p. 3

¹⁸ Vid. Artículo 757.1 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08/01/2000)

encuentren en una situación desfavorable. Además, aquellas personas que conozcan la existencia de una posible causa de incapacitación de una persona, aunque no estén legitimadas para interponer la demanda, sí están obligadas a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos para que éste actúe (artículo 757.3 de la LEC)¹⁹.

Por otro lado, si el presunto incapaz es un menor de edad, y se prevé que la causa de incapacitación se mantenga una vez el menor alcance la mayoría de edad, los únicos que están legitimados para solicitar la incapacitación durante la minoría de edad del menor son aquellos que tienen la patria potestad o tutela del menor (artículo 757.4 LEC)²⁰.

Una vez presentada la demanda se inicia el procedimiento. Para ello, es necesario nombrar a un defensor judicial que represente y proteja los intereses del presunto incapaz. Si han sido las personas legitimadas en el artículo 757.1 de la LEC las que han promovido el proceso de incapacitación, el defensor judicial será el Ministerio Fiscal; por el contrario, si el Ministerio fiscal fue quien promovió el proceso, se nombrará a una persona²¹ para ello. Dicho esto, el presunto incapaz puede personarse en el juicio representado por su propio abogado y procurador.

Durante el juicio, además de las pruebas propuestas por las partes, se practicarán tres pruebas que por ley son obligatorias (759 de la LEC²²), éstas son:

- El examen por parte del juez al presunto incapaz.
- La audiencia del dictamen elaborado por un facultativo.
- La audiencia a los parientes más cercanos del presunto incapaz.

Por último, el juicio finaliza con una sentencia en la que se resuelve sobre la capacidad o incapacidad de la persona. La sentencia que declare la incapacitación de una persona debe establecer la extensión y los límites de esta, por lo que la incapacitación puede ser total o

¹⁹ Vid. Artículo 757.3 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08/01/2000)

²⁰ Vid. Artículo 757.4 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08/01/2000)

²¹ Puede ser física o jurídica.

²² Vid. Artículo 759 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08/01/2000)

parcial, en este último caso se permite al incapaz realizar determinados actos. Además, si se hubiera solicitado en la demanda, la sentencia nombrará al tutor o curador del incapaz.

Una vez la sentencia de incapacidad sea firme se anotará en el Registro Civil.

3.2 La tutela, la curatela, y el defensor judicial

Además de la figura del incapaz, el CC establece en el artículo 215 del CC²³ que *“la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

- *La tutela*
- *La curatela*
- *El defensor judicial”*

3.2.1 La tutela

En relación con la tutela, el CC establece en su artículo 234 un orden de preferencia para los que deben ser nombrados tutores de una persona incapacitada por sentencia judicial. El tenor literal del artículo es el siguiente²⁴: *“Para el nombramiento del tutor se preferirá:*

- *Al designado por el propio tutelado...*
- *Al cónyuge que conviva con el tutelado*
- *A los padres*
- *A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad*
- *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”*

Este orden ha de ser respetado por el juez encargado de designar al tutor. Si decide cambiar el orden o prescindir de todas las personas mencionadas en el artículo por no

²³ Vid. Artículo 215 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela)

²⁴ Vid. Artículo 234 redactado por el número dos del artículo 9 de la Ley 41/2003, («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2003.

parecerle idóneas podrá hacerlo, siempre y cuando, lo haga mediante resolución motivada y esta sea carácter excepcional (Segundo párrafo, art. 234 del CC).

En el caso de no existir las personas mencionadas en el artículo anterior, el artículo 235 del CC dispone que “*el Juez designara tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo*”. Además, en virtud del artículo 242 del CC el Juez podrá nombrar tutor de un incapaz a una persona jurídica siempre cuando se trate de una entidad sin ánimo de lucro y entre cuyos fines figure la protección de menores incapacitados²⁵.

Como podemos observar, las personas designadas son en su gran mayoría familiares del incapaz, ya que en nuestro ordenamiento jurídico lo ideal es que el tutor sea un familiar o una persona cercana al tutelado. Solo si esto no fuera posible el Juez nombraría a una persona jurídica como tutor²⁶.

Una vez el Juez ha designado a una persona como tutor ésta podrá aceptar el cargo o excusarse del mismo. Las causas por las que el tutor puede renunciar a la tutela están recogidas en la Ley y es preciso alegarlas y probarlas ante el Juez. Las mismas se pueden resumir en la idea de que el cargo resulte excesivamente gravoso para el tutor.

En cuanto al ejercicio de la tutela y los derechos del tutor, no vamos a profundizar, pues no es objeto de este trabajo.

Por último, es importante mencionar que, entre otros supuestos, la tutela se extingue bien por el fallecimiento del tutelado, o por recuperar éste la capacidad jurídica²⁷.

3.2.2 La curatela

²⁵ Vid. Artículo 242 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela

²⁶ PÉREZ DEL CAMPO, M., *Protección y Derechos de las personas discapacitadas...*, op. cit., p. 7

²⁷ Vid. Artículo 276 y 277 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela

La curatela es otra figura de protección al incapaz. La principal diferencia entre la curatela y la tutela estriba en que el curador, a diferencia del tutor, no es un representante legal del sometido a curatela y sus funciones son prácticamente patrimoniales.

El curador, atendiendo al artículo 289 del CC, se encargará de asistir y de completar la capacidad de obrar del sometido a curatela para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido y, en su defecto, los actos establecidos en el artículo 271 del CC, que son aquellos actos para los que el tutor necesita autorización judicial.

3.2.3 El defensor judicial

La figura del defensor judicial está regulada en los artículos 299 y siguientes del CC. Éste se encarga de representar y proteger los intereses de la persona declarada incapaz cuando concurren en ella los supuestos establecidos en la Ley como, por ejemplo, cuando hay un conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o su curador.

3.2.4 Guarda de Hecho

La guarda de hecho está regulada en los artículos 303 y siguientes del CC; estos artículos establecen la posibilidad que tiene el juez para requerir al guardador un informe sobre la situación patrimonial y personal del incapaz y, por otro lado, otorga validez a los actos realizados por el guardador, siempre y cuando sean beneficiosos para el incapaz.

3.3 El mandato

El mandato es un contrato a través del cual una persona se obliga a hacer alguna cosa o prestar algún servicio por encargo de otra. La regla general es que el mandato se extingue por la incapacitación sobrevenida del mandante²⁸. Sin embargo, hay dos excepciones:

²⁸ El mandante, en un contrato de mandato, es la persona que otorga ese poder. Por otro lado, el mandatario es el que se obliga a hacer alguna cosa o prestar algún servicio.

- Que el propio mandato disponga su continuación a pesar de caer el mandante en esta situación.
- Que el mandante otorgase el mandato para el caso de que le sobreviniera una incapacidad.

A la vista de lo expuesto, vemos que el mandato es un instrumento jurídico de vital importancia ya que si existe un contrato de mandato podría evitarse la declaración de incapacidad judicial y el nombramiento de un tutor, pues el mandatario podrá, según los términos que se establezcan en el mandato, administrar el patrimonio del mandante sin ningún control judicial; únicamente cabría la posibilidad de extinguir el mandato si el mandante fuese incapacitado judicialmente²⁹.

3.4 Contrato de alimentos

El artículo 1791 del CC establece que: *“Por contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes o derechos”*. Se trata de un contrato consensual, sinalagmático, oneroso, aleatorio y personal.

Cabe preguntarse qué ocurre si el obligado a prestar alimentos incumple su cometido. En este caso, el artículo 1795 del CC establece que *“El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.*

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el Juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de

²⁹ PÉREZ DEL CAMPO, M., *Protección y Derechos de las personas discapacitadas...*, op. cit., p. 13

lo que dispone en artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen”³⁰. En resumen, el alimentista podrá elegir entre exigir su cumplimiento o resolver el contrato.

Esta figura ofrece a los progenitores de una persona discapacitada la posibilidad de entregar un capital a una institución especializada para que se haga cargo de su hijo discapacitado cuando éstos fallezcan³¹.

Una vez hemos estudiado los diferentes instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico español otorga para proteger a las personas discapacitadas, continuamos con el estudio de la protección de éstas en el ámbito del derecho sucesorio.

4. PROTECCIÓN AL DISCAPACITADO EN EL DERECHO DE SUCESIONES

4.1 Introducción

Antes de estudiar la protección del discapacitado en el Derecho de sucesiones, es conveniente ubicar y definir el mismo.

Dicho lo cual, el Derecho de Sucesiones está ubicado dentro de la amplísima rama del Derecho Civil, y el mismo se define como la parte del derecho privado que regula el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando esta fallece³².

Al encontrarse dentro del Derecho Civil éste ha sufrido numerosas e importantes modificaciones. Sin embargo, en este trabajo nos centraremos especialmente en la reforma llevada a cabo por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, y la Ley de

³⁰ Vid. Artículo 1795 redactado por el artículo 12 de la Ley 41/2003, («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2003.

³¹ PÉREZ DEL CAMPO, M., *Protección y Derechos de las personas discapacitadas...*, op. cit., p. 13

³² ARBONES-DÁVILA NAVARRO, Y., *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, Curso 2018/2019, Facultad de Derecho ICADE, Comillas.

Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en adelante Ley 41/2003.

Esta reforma, cuyo objetivo principal es la protección del discapacitado, es una de las de mayor repercusión hasta la fecha, pues afecta a tres pilares esenciales del Derecho de Sucesiones: (i) la indignidad para suceder; (ii) la intangibilidad de la legítima; y (iii) la colación³³.

4.2 Ley 41/2003 de protección del patrimonio de personas con discapacidad (LPP)

4.2.1 Antecedentes a la ley 41/2003

La reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 tiene importantes antecedentes hasta llegar a lo que comúnmente se conoce como el “Estatuto del discapacitado”, destacan:

- La Ley 13/1982 sobre la integración social de las personas con discapacidad. Esta ley fue la primera en desarrollar los artículos 9, 10, 14 y 49 de la CE, pues regulaba la atención y los apoyos de las personas con discapacidad, lo que supuso un gran avance para la época³⁴.
- El RD 1971/1999 sobre los grados de minusvalía³⁵.
- La Ley 51/2003 sobre la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; que supuso un impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad³⁶.
- El RD 177/2004, si bien el decreto es posterior a la aprobación de la Ley 41/2003, es relevante mencionarlo, ya que determina el funcionamiento, las funciones y la composición de la Comisión de protección patrimonial de las personas con

³³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y CÁMARA LAPUENTE, S., *Curso de Derecho Civil (V) – Derecho de Sucesiones*, 2015, p. 35.

³⁴ Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013)

³⁵ MINGORANCE GOSÁLVEZ, M.^a C., *La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad*, El Derecho, 2015

³⁶ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad («BOE» núm. 289, de 03/12/2003)

discapacidad. Este reglamento fue modificado posteriormente por el RD 2270/2004³⁷.

El punto de conexión de las leyes anteriormente mencionadas es que todas ellas buscan proteger al discapacitado, estableciendo para ello una serie de medios e instrumentos jurídicos, y equiparar sus derechos con los del resto de las personas, pues al ser las personas discapacitadas un colectivo vulnerable y tradicionalmente “excluido” de la sociedad en ocasiones se han restringido sus derechos y libertades obstaculizando su desarrollo personal.

4.2.2 Ley 41/2003

La ley 41/2003 o LPP, fue aprobada en un momento de sensibilización por parte de los poderes públicos y la sociedad en general hacia las personas con discapacidad, pues el 2003 fue el “Año Europeo de las personas con Discapacidad”³⁸. Hecho que sin lugar a dudas favoreció e impulsó la elaboración de esta ley.

El objetivo principal de la Ley, tal y como se desprende de su exposición de motivos y del artículo primero, es la regulación y protección del patrimonio de las personas discapacitadas, favoreciendo su creación y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo. Los bienes y derechos que conformen el patrimonio protegido del discapacitado no tienen personalidad jurídica propia, es decir, están aislados del resto del patrimonio del discapacitado y sometidos a un régimen de supervisión y administración específico.

Por otro lado, el contenido de la Ley 41/2003 no se agota en la regulación del patrimonio protegido de personas discapacitadas, ya que se incorporan también distintas modificaciones legislativas con la intención de mejorar la protección patrimonial de las

³⁷ Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad («BOE» núm. 32, de 6 de febrero de 2004)

³⁸ NOGUERA NEBOT, T., *La ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria*, El Derecho, 2005

personas discapacitadas, ofreciendo un gran abanico de posibilidades jurídicas para afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas.

Cabe resaltar que las modificaciones efectuadas por esta ley se realizaron teniendo en cuenta las pautas dadas por la Comisión General de la Codificación.

Como venimos diciendo, las modificaciones legislativas introducidas por esta ley, además de su gran repercusión, son muy numerosas. Sin embargo, en este trabajo nos centraremos exclusivamente en aquellas que modifican el CC, y particularmente las que afecten al derecho sucesorio.

En relación con lo que acabamos de mencionar, el artículo 10 de la Ley realiza una modificación del CC en materia de derecho sucesorio que afecta a los artículos 756, 782, 808, 813, 821, 822, 831 y 1041 del mismo.

Antes de entrar a estudiar las modificaciones y la protección que el derecho sucesorio brinda a las personas discapacitadas, es necesario precisar qué entiende esta ley por persona discapacitada. Para ello acudimos al artículo 2.2³⁹ de la Ley que establece que *“únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:*

- *Las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 65 por ciento.*
- *Las personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”*

A continuación, estudiaremos las modificaciones que la Ley 41/2003 introdujo en materia sucesoria. Las modificaciones afectan a tres pilares básicos del Derecho de Sucesiones: (i) la indignidad para suceder; (ii) la intangibilidad de la legítima; y (iii) la colación.

³⁹ Vid. Artículo 2.2 de 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

Nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad (Art. 756.7 del CC)

El artículo 756 del CC recoge las diferentes causas de indignidad. Cuando una persona está incurso en una de estas causas tendría una incapacidad de carácter relativo a la hora de suceder, ya que el artículo 757 establece que “*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público*”⁴⁰.

Es indigno frente al causante de la herencia quien realiza una serie de actos que merecen la censura de la ley. Las causas de indignidad afectan tanto a herederos como legitimarios, e igual que ocurre con las causas de desheredación, puedo dejar a un legitimario incluso sin la legítima estricta⁴¹.

En este sentido, la Ley 41/2003 añade una nueva causa de indignidad para suceder en el artículo 756.7 del CC, cuyo tenor literal es: “*son incapaces de suceder por causa de indignidad: (7º) Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 CC*”⁴².

Como podemos observar, atendiendo al artículo y a la exposición de motivos de la Ley “se configura como causa de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante la vida, entendiéndose por tales atenciones la obligación de alimentos que el CC regula en los artículos 142 y siguientes, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”.

El objetivo de esta nueva causa de indignidad es promover la correcta atención a las personas discapacitadas por parte de sus familiares más cercanos, ya que si éstos no

⁴⁰ Vid. Artículo 757 de Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

⁴¹ ARBONES-DÁVILA NAVARRO, Y., *Apuntes de Derecho...* op. cit.

⁴² Vid. Artículo 756.7 redactdo por el número uno del artículo 10 de la Ley 41/2003, («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2003.

prestan “las atenciones debidas” al discapacitado/causante incurren en una causa de indignidad y, por lo tanto, devienen incapaces para sucederle⁴³.

El sistema de la legítima y la sustitución fideicomisaria en la Ley 41/2003 (Arts. 782, 808, 813 del CC)

La legítima a tenor del artículo 806 del CC “*es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”⁴⁴. Por lo tanto, al heredero forzoso que el testador le haya dejado menos de lo que por ley le corresponde, podrá pedir el complemento de su legítima, tal como viene expresado en el artículo 815 del CC.

La regla general es que la legítima es intangible, está reservada a los hijos y descendientes y no se puede gravar. Sin embargo, la Ley 41/2003 introduce una excepción a esta regla general, otorgando una nueva redacción a los artículos 782, 808 y 813 del CC, concediendo al testador la posibilidad de gravar la legítima estricta en favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado⁴⁵.

Esta excepción supone una ruptura del principio de intangibilidad de la legítima característico en nuestro derecho sucesorio, pues el reformado artículo 782 del CC permite que a través de la sustitución fideicomisaria se pueda gravar la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente, otorgando de esta manera una mayor libertad al testador, ya que hasta la aprobación de la Ley 41/2003 se veía restringido al tercio de mejora y al de libre disposición⁴⁶.

Consecuentemente, se debe analizar en este trabajo dicha sustitución fideicomisaria debido a su relevancia en la protección de los discapacitados en materia sucesoria.

⁴³ MINGORANCE GOSÁLVEZ, M.^a C., *La nueva causa de indignidad para...*, op. cit.

⁴⁴ Vid. Artículo 806 de Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

⁴⁵ ARBONES-DÁVILA NAVARRO, Y., *Apuntes de Derecho...* op. cit.

⁴⁶ POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre, y el sistema de la legítima*, El Derecho, 2005

La sustitución fideicomisaria, según el artículo 781 del CC, consiste en “*encargar a un heredero conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia...*” Es decir, la sustitución fideicomisaria supone el nombramiento de varios herederos de manera sucesiva, teniendo éstos que mantener la unidad de la propia herencia en las transmisiones que acontecerán. Todos los llamados son herederos del causante, lo que ocurre es que concurrirán a la herencia en momentos distintos⁴⁷.

El causante (fideicomitente) deja sus bienes o derechos al fiduciario (transmitente), que tiene la obligación de transmitir al fideicomisario la herencia una vez se ha cumplido el plazo o la condición. Por lo tanto, el verdadero heredero será el fideicomisario.

El fiduciario tiene la herencia durante un tiempo determinado o hasta que se cumpla una condición, durante este tiempo va a poder disfrutar de ella, pero no va a poder disponer de la misma, pues tiene la obligación de transmitírsela al fideicomisario que será el verdadero heredero. No obstante, cuando la condición no se cumpla o siendo a plazo la sustitución el fideicomisario renuncie, el fiduciario pasará a ser pleno heredero⁴⁸.

Para que pueda llevarse a cabo la sustitución fideicomisaria ésta debe realizarse mediante disposición testamentaria válida y expresa (no serán válidos los ruegos puestos por el testador en el testamento para crear la figura). No obstante, la sustitución fideicomisaria a la que se refiere la Ley 41/2003, además de cumplir con este requisito, tiene una naturaleza especial, ya que debe recaer únicamente sobre el tercio de legítima estricta, y sobre hijos o descendientes incapacitados judicialmente, quedando fuera de esta solución cualquier otro discapacitado⁴⁹.

La doctrina ha dado a esta figura el siguiente tratamiento jurídico:

En relación con la limitación del gravamen de la legítima, es sentir doctrinal que la cuota del haber hereditario sobre la que recae la sustitución fideicomisaria pueda extenderse al tercio de mejora y al de libre disposición, y no recaer exclusivamente sobre la legítima

⁴⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo VII., Madrid, 2003, p. 137.

⁴⁸ ARBONES-DÁVILA NAVARRO, Y., *Apuntes de Derecho...* op. cit.

⁴⁹ POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre...*, op. cit.

estricta, ya que nada impide que pueda extenderse a la totalidad de la herencia. Asimismo, la nueva redacción del artículo 782 del CC permite al testador gravar la legítima estricta de los coherederos, no la que le correspondería al incapaz, pudiendo este disponer de ella libremente.

Por ello, lo más lógico hubiera sido otorgar al testador la posibilidad de disponer de los tres tercios que forman la totalidad de la herencia y no limitar dicha posibilidad a la legítima estricta, pues siguiendo las palabras de DIAZ ALBART, resulta sorprendente que sin cambiar el régimen general de las legítimas, el testador tenga la facultad de gravar la legítima de sus descendientes para mejorar la situación del discapacitado incapaz, mientras que por otro lado su capacidad para disponer de los otros dos tercios de la herencia (el tercio de mejora y el de libre disposición) no se ve afectada, sin que en este caso parezca importarle al legislador el interés del discapacitado incapaz. Además, si la intención del legislador es proteger al discapacitado incapaz, lo lógico, como hemos mencionado anteriormente, hubiera sido otorgar libertad al testador para decidir la distribución de sus bienes y no limitarle al tercio de legítima estricta con un fideicomiso⁵⁰.

Por otro lado, autores como PEÑA VICENTE consideran que la sustitución fideicomisaria puede afectar únicamente a una parte de la legítima estricta, bien porque sólo se impone ésta respecto algún coheredero, o bien porque sólo se impone sobre una parte de la legítima de cada uno de los coherederos⁵¹.

En relación con la declaración judicial de incapacitación como requisito de la sustitución fideicomisaria, conviene recordar las tres personas que intervenían en esta sustitución: (i) el fideicomitente, es el que instituye la sustitución fideicomisaria, el testador; (ii) el fiduciario, es el primer llamado a la herencia (la ley establece expresamente que tiene que ser un hijo o descendiente incapacitado judicialmente); (iii) el fideicomisario, es el verdadero heredero, recibirá la herencia cuando se cumpla la condición o plazo. Por ejemplo, los hermanos del discapacitado.

⁵⁰ DIAZ ALBART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente*, Revista de Derecho Privado, 2004, p.267

⁵¹ PEREÑA VICENTE, M., *El Derecho Sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en la Ley, 18 de febrero de 2004*, núm 5957, 2004, p.2

Dicho lo cual, para que el causante pueda crear la sustitución fideicomisaria, la Ley 41/2003 establece que el beneficiario debe ser declarado incapaz por medio de una sentencia firme, es decir, no basta con cumplir la consideración de persona discapacitada del artículo 2.2, sino que la condición de incapacitado debe obtenerse en un procedimiento judicial por resolución judicial firme, siguiendo las reglas que el artículo 753 de LEC establece para este procedimiento⁵².

Esto no parece tener mucho sentido, pues si acudimos a la Exposición de Motivos de la Ley, la misma establece que serán beneficiarios de este patrimonio las personas discapacitadas afectadas por los grados de minusvalía establecidos en el artículo 2.2, a pesar de que en ellas se den o no las causas de incapacitación judicial del artículo 200 del CC y de que, concurriendo tales causas, las personas hayan sido o no declaradas incapaces judicialmente⁵³.

Según MORETÓN, parece que el legislador está excluyendo de las ventajas establecidas en la Ley a las personas incapacitadas judicialmente, si estas no tienen reconocido los grados específicos de minusvalía que establece el artículo 2.2, pues el juez no tiene competencia para graduar y calificar la minusvalía de la persona que se pretenda su incapacitación en la sentencia. Y es que, pese a que se utilizan de forma indiferente, hay que diferenciar los conceptos de discapacidad e incapacidad, pues para acreditar la discapacidad se sigue la vía administrativa, mientras que la declaración de incapacitación se realiza mediante un juicio verbal ante la jurisdicción civil. Por tanto, MORETÓN considera que pueden ser beneficiarios de esta Ley tanto los que tienen acreditado un grado de minusvalía (estén incapacitados judicialmente o no), como los que han sido declarados incapaces por sentencia judicial firme, siempre y cuando acrediten alguno de los grados de minusvalía establecidos en la propia ley⁵⁴.

⁵² POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre ...*, op.cit.

⁵³ 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 («BOE» núm. 277).

⁵⁴ MORETÓN, MF., *Protección Civil de la Discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 687, 2005, p. 79-81

Dicho esto, debemos determinar si es necesario que finalice el procedimiento judicial de incapacitación para que el causante pueda constituir el fideicomiso en favor del fiduciario incapacitado⁵⁵.

Para dar respuesta a esta pregunta acudiremos a la doctrina, la cual se encuentra dividida; ya que algunos autores consideran que es necesario que finalice el procedimiento judicial de incapacitación para que el causante pueda constituir el fideicomiso⁵⁶, y otros admiten la posibilidad de constituir el fideicomiso con carácter condicional, es decir, sujeto a que se produzca la incapacitación del fiduciario en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión⁵⁷. Por otro lado, si realizamos una interpretación literal de los artículos 758 y 808 del CC, todo parece indicar que es necesaria la sentencia firme de incapacitación para poder constituir el fideicomiso en favor del fiduciario incapacitado. No obstante, tal y como afirma POUS DE LA FLOR, una interpretación tan estricta y rigurosa iría en contra de la esencia de la reforma, que no es otra que beneficiar a la persona discapacitada declarada judicialmente incapaz, pues no hay que olvidar que la sustitución fideicomisa establecida por la Ley 41/2003 es una excepción a la intangibilidad de las legítimas. Por lo tanto, bastaría con que la resolución judicial fuera dictada en el momento de apertura de la sucesión, aunque la declaración judicial de incapacitación fuese ulterior al otorgamiento del testamento⁵⁸.

En relación con la determinación de los sujetos beneficiarios de la sustitución fideicomisaria en la Ley 41/2003, el tercer párrafo del artículo 808 del CC establece que *“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos”*⁵⁹. Por tanto, tal y como establece el citado

⁵⁵ POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre...*, op.cit., p. 4

⁵⁶ DIAZ ALBART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima...*, op. cit., p.263

⁵⁷ GOMEZ GALLIGO, F., *La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta en favor del discapacitado*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2005, p. 17

⁵⁸POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre...*, op.cit., p. 4.

⁵⁹ Vid. Artículo 808 introducido por el número tres del artículo 10 de la Ley 41/2003, («B.O.E.» 19 noviembre), Vigencia: 20 noviembre 2003

artículo, serán beneficiarios de la sustitución fideicomisaria los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

Dicho esto, y teniendo en cuenta la literalidad del artículo, surge la duda de si el gravamen puede beneficiar a un nieto judicialmente incapacitado; pues bien, en principio nada parece indicar lo contrario. No obstante, no está incluido en este apartado el nasciturus respecto del cual ya se sabe que nacerá con síndrome de Down.

De igual modo, puede ocurrir que haya varios fiduciarios judicialmente incapacitados, pues la Ley 41/2003 otorga al testador la posibilidad de decidir libremente a favor del hijo/s y descendiente/s que él elija⁶⁰.

Ahora bien, si el testador nombra fiduciarios a todos los incapacitados judicialmente de manera simultánea, habría que nombrar a un administrador para que se encargase de realizar el reparto de bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria⁶¹. Por otro lado, si el testador decide nombrar a todos los incapacitados judicialmente de manera sucesiva⁶², la legítima de los fideicomisarios se vería prolongada en el tiempo excesivamente, lo que supondría un grave perjuicio.

PEREÑA VICENTE va a tratar de solucionar el problema, estableciendo que se debe permitir que el causante pueda nombrar a todos los incapacitados judicialmente de manera sucesiva, ya que el mecanismo que utiliza el legislador no es la imposición, sino la facultad que le concede al testador para que éste, libremente, valore si de la situación de los descendientes judicialmente incapacitados alguno necesita una especial protección patrimonial, en cuyo caso la ley ofrece la posibilidad de utilizar esta sustitución en su favor⁶³.

Por último, este privilegio no puede extenderse a otros sujetos que no sean los hijos o descendientes del testador⁶⁴. Afirmación con la que no está de acuerdo la doctrina, pues

⁶⁰ POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre...*, op. cit., p. 5

⁶¹ PEREÑA VICENTE, M., *El Derecho Sucesorio como instrumento...*, op. cit., p.2

⁶² GOMEZ GALLIGO, F., *La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta...*, op. cit., p.18

⁶³ PEREÑA VICENTE, M., *El Derecho Sucesorio como instrumento...*, op. cit., p.2

⁶⁴ POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre...*, op. cit., p. 5

ésta entiende que cabría la posibilidad de que el cónyuge viudo o los ascendientes incapacitados judicialmente puedan ser fiduciarios, apoyándose en que la legítima del cónyuge o ascendientes del testador es mucho más reducida y, además, por razón de edad la sustitución fideicomisaria sería mucho más lógica⁶⁵.

Una vez analizada la posición doctrinal respecto a la sustitución fideicomisaria como método de protección del incapacitado, debemos continuar con el estudio de la distinción entre el patrimonio protegido y el patrimonio originario del fiduciario.

La Ley 41/2003 crea el concepto de patrimonio protegido, distinguiendo entre éste y el patrimonio originario del discapacitado. De forma que la persona beneficiaria del fideicomiso dispone de dos patrimonios: el protegido y el ordinario.

La mencionada ley no se encarga de precisar qué bienes se atribuyen a uno o a otro patrimonio, siendo necesario separar el contenido de ambos como medida de prevención, pues la creación de este fideicomiso puede dar lugar a conflictos en relación con la administración de ambos patrimonios, ya que la misma puede llevarse a cabo por representantes legales diferentes.

No obstante, la doctrina establece que el testador tiene la posibilidad de ordenar que los bienes sujetos al fideicomiso sean una aportación al patrimonio protegido, por lo que ingresarían en el mismo en concepto de herencia, teniendo el fiduciario incapacitado el deber de conservar dichos bienes para su posterior transmisión al fideicomisario, bien por el fallecimiento del incapaz, o por recobrar éste la plena capacidad.

Debido a esta obligación de conservación que tiene el fiduciario, cabe plantearse si es posible la aplicación analógica del artículo 491 del CC, que obliga a hacer inventario y prestar fianza solamente para el supuesto de constitución de usufructo. Es evidente que el fiduciario incapacitado judicialmente debe tener la obligación de realizar el inventario de los bienes sujetos a fideicomiso, correspondiéndole esta labor a su tutor o representante con la colaboración de los fideicomisarios, pues no hay que olvidar que a través de esta

⁶⁵DIAZ ALBART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima...*, op. cit., p.263

figura se otorga al fiduciario plena disponibilidad sobre el aprovechamiento de los bienes y derechos que la componen⁶⁶. Por último, el artículo 783 del CC aporta un motivo más para justificar la necesidad de inventario al establecer que “*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, crédito y mejoras, salvo en el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa*”⁶⁷.

Analizada la sustitución fideicomisaria, cabe mencionar también la sustitución ejemplar, la cual viene definida en el artículo 776 del CC “*el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.*”

La sustitución de la que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”⁶⁸.

Es un tipo de sustitución equiparable a la pupilar⁶⁹, pero para hijos mayores de 14 años que por su incapacidad no puedan testar, testando los padres en su nombre. Esta sustitución quedará sin efecto en cuanto el incapacitado tenga un periodo de lucidez o la sentencia de incapacitación le permita testar⁷⁰.

El derecho de habitación del art. 822 del CC y la dispensa de colación del art. 1041 del CC

Antes de analizar la nueva redacción del artículo 822 del CC introducida por la Ley 41/2003, estudiaremos la regulación que el CC da al derecho de habitación.

⁶⁶POUS DE LA FLOR, M.ª P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre...*, op. cit., p. 6

⁶⁷ Vid. Artículo 783 de Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

⁶⁸ Vid. Artículo 776 de Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

⁶⁹ Los padres o demás ascendientes pueden nombrar sustitutos para sus descendientes menores de 14 años. Esto se debe a que los menores de 14 años no pueden testar, entonces están testando en vez de sus descendientes.

⁷⁰ ARBONES-DÁVILA NAVARRO, Y., *Apuntes de Derecho...* op. cit.

El derecho de habitación está regulado en el CC junto con el derecho de uso, artículos 523 y siguientes del CC. Ambos derechos provienen del derecho de usufructo⁷¹.

La definición de ambos derechos la encontramos en el artículo 524 del CC, que establece: “*El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente.*”

La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”⁷².

Para los profesores DÍEZ-PICAZO y GUILLON, el derecho de habitación es una modalidad del derecho de uso distinguido por el objeto sobre el que recae (la vivienda)⁷³.

En cuanto a las características del derecho de habitación, tomaremos la clasificación realizada por CLEMENTE MEORO⁷⁴:

1. El derecho de habitación recae sobre un objeto determinado (casa ajena) y con un fin determinado (la vivienda).
2. El derecho de habitación, a diferencia del derecho de uso, no concede a su titular un derecho sobre los frutos. Por ello, no es lo mismo un derecho de uso que recaiga sobre una casa ajena que un derecho de habitación. Pues en el primer caso, el titular del derecho de uso sobre la casa sí que tendrá derecho a los frutos de esta.

En cuanto al régimen jurídico y las obligaciones de los titulares de los derechos de uso y habitación no vamos a profundizar, pues no guardan relación con el objeto del trabajo.

Dicho esto, veremos ahora la nueva redacción que la Ley 41/2003 da al artículo 822 del CC, el mismo dispone lo siguiente: “*La donación o legado de un derecho de habitación*”

⁷¹ NOGUERA NEBOT, T., *El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil*, Revista de Derecho UNED, núm. 1, 2006, p. 477

⁷² Vid. Artículo 524 de Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

⁷³ DÍEZ PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 2016,

⁷⁴ CLEMENTE MEORO, M., et al., *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2001.

sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.”⁷⁵.

En primer lugar, tenemos que precisar cuál es el significado de la expresión “*persona con discapacidad*”, para ello nos remitimos al epígrafe “4.2.2 Ley 41/2003” donde ya tratamos dicha expresión⁷⁶.

En segundo lugar, para ser donatario o legatario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual además de ser una “*persona con discapacidad*” hay que ser “*legitimario*”. En este sentido, el artículo 807 del CC establece quiénes son los legitimarios, que son:

- *“Los hijos o descendientes respecto de los padres y ascendientes.*
- *A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.*

⁷⁵ Vid. Artículo 822 redactado por el número cinco del artículo 10 de la Ley 41/2003, («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2003

⁷⁶ Art. 2.2 Ley 41/2003: “*tendrán la consideración de personas con discapacidad:*

- *Las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 65 por ciento.*
- *Las personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”*

- *El viudo o viuda en la forma y medida que establece el código*”⁷⁷.

En tercer lugar, para que la donación o legado del derecho de habitación no sea colacionable, es decir, que no compute para el cálculo de la legítima, es necesario que el donatario o legatario discapacitado esté viviendo con el titular de la vivienda (en la misma) cuando éste fallezca.

Por último, y en relación con la dispensa de colación, el art. 1041 del CC enumera los gastos que no están sujetos a colación, estableciendo que *“Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”*.⁷⁸

5. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL RECIENTE

En este apartado se analizará la jurisprudencia más reciente con el objetivo de observar cómo se han venido aplicando los diferentes tipos de protecciones al discapacitado en materia de derecho de sucesiones, ya que se considera relevante estudiar la forma en la que los órganos jurisdiccionales de nuestro país han venido interpretando y aplicando las diferentes reformas experimentadas por nuestro Código Civil a consecuencia de medidas como la Ley 41/2003.

SAP Burgos de 29 marzo de 2019 (EDJ 2019/590484)

Los antecedentes de hecho de esta sentencia se pueden resumir de la siguiente manera: Don Ovidio decide interponer una demanda contra Doña Carmela (hermana del demandante) y contra Don Primitivo y Don Raimundo (hijos de Doña Carmela) con el fin de declarar la indignidad para suceder y así desheredar a Doña Carmela y a sus descendientes. El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda;

⁷⁷ Vid. Artículo 807 redactado por Ley 11/1981, 13 mayo («B.O.E.» 19 mayo), de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁷⁸ Vid. Artículo 1041 introducido por el número siete del artículo 10 de la Ley 41/2003, («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2003

consecuentemente, Don Ovidio decide interponer recurso de apelación contra esta sentencia el 12 de marzo de 2019 ante la Audiencia Provincial de Burgos.

La acción ejercitada en la demanda interpuesta por Don Ovidio en contra de sus hermanos radica en la causa de indignidad recogida en el art. 756.7 de nuestro Código Civil, que reza lo siguiente: “tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”. La fundamentación de esta acción se ampara en ese precepto debido a que Doña Adoración, madre del demandante y demandada, fue declarada incapaz por sentencia en 2001 debido a que padecía Alzheimer y Doña Carmela se desentendió de la misma durante los últimos trece años de vida de su madre.

De este modo, Don Ovidio considera que Doña Carmela sí cumple con los requisitos para ser declarada indigna respecto el art. 756.7 CC y, por lo tanto, recurre la sentencia de primera instancia, resolviendo la Audiencia Provincial de Burgos de la manera que exponemos a continuación.

La Audiencia Provincial de Burgos recalca que la protección al discapacitado que recoge el art. 756.7 CC consiste en una sanción a aquellos herederos que no prestaron alimentos al discapacitado cuando estaban obligados a ello, no que el heredero deje solo al causante discapacitado o niegue prestarle asistencia. Es decir, la prestación de alimentos según el art. 142 CC se trata de una prestación económica. Por ende, la falta de relación familiar entre Doña Adoración y su hija Doña Carmela no estaría incluida en la causa de desheredación del art. 756.7 CC, sino que más bien podría incluirse en los arts. 852 y 853 CC (negativa de prestación de alimentos a hijos/descendientes o a padres/ascendientes).

Dicho lo cual, la Audiencia Provincial recurre a la doctrina para determinar que para que se de la negativa de prestación de alimentos éstos han tenido que ser requeridos al alimentante para que éste los preste. En este caso, Don Ovidio nunca exigió estos alimentos a Doña Carmela, o no se ha acreditado.

Finalmente, y con todo lo expuesto anteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante Don Ovidio, negando que exista una causa de indignidad para suceder.

STS de 23 abril de 2018, Sala de lo Civil (STS 1394/2018)

La tramitación en primera instancia comenzó con la interposición de demanda por D. Marí Juana de incapacidad para suceder por causa de indignidad contra D. Hilario, el padre del fallecido discapacitado Miguel, por haber desatendido completamente a su hijo, ante el Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Avilés. En la misma, se desestima lo solicitado y será objeto de apelación.

La sentencia objeto de estudio es recibida por el Tribunal Supremo a través de un recurso de casación e infracción procesal, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Oviedo. En dicha sentencia, se revocó la anterior dictada en primera instancia, y se declaró la incapacidad del demandado D. Hilario para suceder en base al art. 756 del CC, cuyo contenido ya ha sido expuesto anteriormente. En la citada instancia, se apreció una desatención completa del padre al hijo discapacitado traducida en un incumplimiento voluntario y grave de la obligación de prestación de alimentos, además de un “desapego paterno” digno de reproche. Sin embargo, la causa de incapacidad por indignidad para suceder se centra en el incumplimiento de la obligación alimenticia.

En cuanto al procedimiento en última instancia, nos centraremos en el recurso de casación, obviando el propio de infracción procesal, por su relevancia con el tema objeto de estudio. En el recurso de interés, se alega un incumplimiento o desconocimiento de la doctrina interpretativa del TS sobre las causas de desheredación del art. 756 del CC. La decisión de la Sala, que da respuesta a dicha alegación, encuentra su fundamento en los siguientes argumentos:

- La jurisprudencia citada por el recurrente exige una interpretación restrictiva de las causas del art. 756 del CC. Sin embargo, no guardan relación con el supuesto que se enjuicia en la sentencia actual.
- La discapacidad del hijo no debe considerarse como un factor de relevancia a la hora de analizar la aplicabilidad de la causa 7a del art. 756 del CC. La atención exigida es la propia del titular de la patria potestad. Por ello, la sentencia se centra en el abandono del hijo recogido como causa de indignidad en la redacción vigente en el momento del fallecimiento del menor el 30 de diciembre de 2013.

En consecuencia, concluye afirmando que, si bien es cierto que las causas de indignidad son objeto de interpretación restrictiva, también lo es que no debe ser restrictiva “la interpretación o entendimiento de la concreta causa”. Se excluye la estimación del recurso, pues no se trata de un supuesto de aplicación extensiva. Además, se considera su comportamiento de desatención e incumplimiento de obligaciones paternas como de “suficiente entidad” para conllevar la sanción civil que en este caso se valora.

SAP Vizcaya (Sección 3ª) de 17 abril de 2015 (Núm.113/2015)

La sentencia recibida en la Audiencia Provincial de Vizcaya el 29 de diciembre de 2014 fue dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Getxo, siendo la demandante Doña Rocío y los demandados la Santa y Real Casa de Misericordia de Bilbao y Los Reverendos Padres Trinitarios de Algorta.

Los hechos de la cuestión litigiosa están relacionados con la sucesión ejemplar, recogida en el art. 776 CC. Doña Rocío fue nombrada sustituta de Doña Delia, declarada incapaz, por Don Gabino (padre de Doña Delia) en el testamento otorgado por este último el 20 de enero de 1999. Rocío sustituiría a Delia en todos los bienes no troncales y en los troncales.

El recurso de apelación interpuesto por los demandados se ampara en la falta de legitimación activa de la demandante e inexistencia, y por tanto ineficacia, de la

sustitución ejemplar (dado que, para la parte apelante, la parte sustituida debe morir sin testamento y en estado de incapacidad).

Dado que la sustitución ejemplar es una de las medidas de protección al discapacitado en caso de ser éste el causante, nos centraremos en la resolución de la Audiencia en esta materia, obviando el resto de las fundamentaciones del recurso de apelación.

La Audiencia declara que la voluntad del testador es bastante clara, y es nombrar sustituta de su hija incapaz a Rocío, al amparo del art. 776 CC. Por tanto, dado que el propio testador nombra en el propio testamento el artículo, la Audiencia no duda en que estamos ante una clara sustitución ejemplar.

Por tanto, la segunda instancia desestima el recurso de apelación interpuesto por la Santa y Real Casa de Misericordia de Bilbao y Los Reverendos Padres Trinitarios de Algorta, confirmando pues la sentencia dictada en primera instancia; fallando a favor de la existencia de una sustitución ejemplar.

SAP Vizcaya de 15 noviembre de 2011 (EDJ 2011/367862)

El 9 de marzo de 2011 se dicta sentencia en Primera Instancia donde los demandantes Don Juan Miguel, Doña Mari Trini y Doña Lina ejercen una acción contra el Instituto Tutelar de Bizkaia (curador del demandado Don Fernando), por la que se aprueba la formación de inventario en 2010 sobre una vivienda en Portugalete, y se niega el derecho de habitación a Don Fernando como demandado.

La cuestión litigiosa del asunto de Primera Instancia, que es recurrido en apelación a la Audiencia Provincial de Vizcaya por la parte demandada, reside en el derecho del coheredero Don Fernando para permanecer en el derecho de uso de la vivienda objeto de inventario. Cabe destacar que Don Fernando fue declarado incapaz por sentencia judicial en un 54%, y se le instauró la figura de la curatela, que sería encargada al mismo Instituto Tutelar de Bizkaia.

Por tanto, en este caso, la Audiencia Provincial examina el contenido e interpretación del art. 822.2 CC, que establece que “este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente; pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”.

Sabemos que Don Fernando vivía junto con sus progenitores en el domicilio y que el causante no excluyó de ninguna forma este derecho de habitación; por lo tanto, y dado que el demandado Don Fernando cumple con los requisitos recogidos en la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la segunda instancia considera que Don Fernando se trata de un discapacitado necesitado de la vivienda familiar de Portugalete.

Por ende, la Audiencia Provincial de Vizcaya está en desacuerdo con la resolución de la primera instancia y considera que ésta debe ser revocada, estimando el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Tutelar de Bizkaia en nombre del discapacitado Don Fernando.

Como resultado, Don Fernando tiene derecho a hacer uso del derecho de habitación del domicilio familiar de Portugalete que le corresponde en términos del art. 822.2 CC.

SAP Córdoba de 13 de febrero de 2001 (AC 2001/2449)

Se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juez de Primera Instancia núm. 1 de Montilla en el juicio de menor cuantía núm. 48/2000. En él, Doña Carmen O.R. formula demanda contra Amalia O.R. con la pretensión de que se considere sustitución fideicomisaria las previsiones sucesorias que hicieron los abuelos de la actora.

En cuanto a los supuestos de hecho, los abuelos de la actora otorgaron testamentos en los que se dividía la herencia entre sus cinco hijos, haciendo una serie de previsiones

sucesorias dirigidas a sus dos hijos incapaces, para el supuesto de que fallecieran antes que el resto de sus hermanos - debido a una enfermedad congénita e irreversible -.

La cuestión esencial del pleito es la interpretación de la voluntad de los otorgantes de testamento con el fin de determinar si nos encontramos ante la figura de una sustitución fideicomisaria o, por el contrario, con una sustitución ejemplar o cuasipupilar del art. 776 del CC. Su determinación tendría un efecto en el orden sucesorio en favor de la nieta y actora o de la demandada, respectivamente. Para resolver esta cuestión, se lleva a cabo una extensiva revisión del concepto legal definido en el art. 781 del CC y completado por la sentencia de 3 de julio de 1963 (RJ 1963, 3732). Se destacan dos aspectos:

- La distinción de la sustitución fideicomisaria de la simple fiducia basada en el carácter de la carga o gravamen que impone. En este sentido, establece que la solicitud de la demanda, la cual intenta basar la sustitución fideicomisaria en la fiducia “en razón a la presencia de incapaces llamados a la herencia a fin de que los fiduciarios conserven los bienes en administración, con prohibición de disponer, para que cuiden a los dos incapaces”, no es correcta.
- La necesidad de la constancia expresa de la sustitución fideicomisaria en el testamento.

Como resultado de este análisis, se concluye que de la interpretación del testamento no se desprende la intención de constituir una sustitución fideicomisaria, además de no aparecer expresamente esta expresión en los testamentos. Además, si se acude al art. 785 del CC, no se advierte la intención de imponer una obligación “terminante” al sustituido de entregar los bienes a un segundo heredero. Por el contrario, los padres de los incapaces disponen en sus respectivos testamentos lo que consideran oportuno con el fin de protegerlos, pero los instituyen herederos en igualdad de derechos que sus otros hermanos. Por ello, se concluye que lo que realmente se ha querido hacer es una sustitución ejemplar, cuyo fundamento natural y jurídico se referencia a la Sentencia de 10 de junio de 1941 (RJ 1941, 745):

“Es la falta de capacidad de los enajenados y el amor que les profesan sus ascendientes, amor que les inclina y les lleva a procurarles un bien. En este caso tal finalidad tuitiva se obtiene dando un destino a los bienes del incapacitado que falleciera antes de haber recobrado la razón designándole un sustituto idóneo”.

Por último, es preciso mencionar por su interés y relación con el trabajo que, la cuestión relativa a la necesidad de que la declaración de incapacidad sea anterior al testamento fue resuelta por la Sentencias del TS de 10 de junio de 1941 y de 12 de junio de 1956 en sentido negativo.

6. CONCLUSIONES

Primera. - Hemos podido analizar y comprender el concepto de discapacidad, su componente social y evolución de este, así como los diferentes tipos de discapacidad existentes.

Segunda. – El estudio del ordenamiento jurídico español, y en particular las modificaciones introducidas por la Ley 41/2003 en materia sucesoria nos han servido para estudiar y analizar los diferentes mecanismos jurídicos de protección al discapacitado existentes en nuestro sistema normativo. Estos mecanismos jurídicos como la incapacitación judicial y la tutela o curatela buscan la protección del discapacitado, pues las personas que sufren algún tipo de discapacidad no pueden gobernarse por sí mismas y en la mayoría de los casos precisan de tutela y o asistencia.

Tercera. - En lo referente al Derecho de Sucesiones, vemos como el testador/causante que tenga hijos o descendientes discapacitados dispone de varios instrumentos jurídicos para en caso de fallecimiento poder beneficiar más al hijo o descendiente discapacitado que al resto de legítimos herederos, se trata al fin y al cabo de un medio de protección y salvaguardia del discapacitado respecto al resto de herederos, para asegurar su futuro.

Cuarta. - Con la promulgación de la Ley 41/2003 se permite, entre otras cosas, gravar la legítima de los herederos a través de la sustitución fideicomisaria, pues el hijo o descendiente discapacitado recibiría la totalidad de la herencia, y cuando este fallezca o ya no tenga discapacidad deberá entregar la herencia al resto de herederos legitimarios. Esta figura está pensada para casos concretos, en los que el causante no tiene patrimonio más allá que su propia casa y pocos ahorros en cuenta corriente permitiéndole gravar la

legítima estricta de los demás herederos con el objetivo de proteger al descendiente discapacitado dejándole a este la casa en fideicomiso

Quinta. - Considero que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el derecho sucesorio otorgan una protección adecuada y más que suficiente a las personas discapacitadas. Si bien, considero que algunos mecanismos como por ejemplo la sustitución fideicomisaria, que es facultativa y a voluntad del testador, deberían ser obligatorios por ley si el progenitor no los hubiera dispuesto, atendiendo siempre al grado de discapacidad y a las necesidades del discapacitado.

7. BIBLIOGRAFÍA

A) LEGISLACIÓN

1. Convención de Derechos de las personas con Discapacidad de Nueva York («BOE» núm. 96, de 21/04/2008)
2. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 08/01/2000)
3. 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 («BOE» núm. 277)
4. Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad («BOE» núm. 289, de 03/12/2003)
5. Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. («BOE» núm. 256, de 26/10/1983)
6. Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013)
7. Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad («BOE» núm. 32, de 6 de febrero de 2004)

8. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

B) JURISPRUDENCIA

1. Audiencia Provincial de Burgos. Sentencia núm. 2019/590484, de 29 marzo de 2019
2. Audiencia Provincial de Córdoba. Sentencia núm. 2001/2449, de 13 de febrero de 2001
3. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª). Sentencia núm. 113/2015, de 17 abril de 2015
4. Audiencia Provincial de Vizcaya. Sentencia núm. 2011/367862, de 15 noviembre de 2011
5. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 1394/2018, de 23 abril de 2018

C) RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. COMUNIDAD DE MADRID, *Concepto de discapacidad*. (disponible en: http://www.madrid.org/cs/BlobServer?blobkey=id&blobwhere=1310853507259&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3D2-CONCEPTO+DE+DISCAPACIDAD_2.pdf&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs)
2. Organización Mundial de la Salud (OMS). (disponible en: <https://www.who.int/es>)
3. Real Academia Española (RAE). (disponible en: <http://www.rae.es>)

D) OBRAS DOCTRINALES

1. ACERA, M., *El concepto de Discapacidad: diferencias entre la discapacidad, deficiencia y minusvalía*, Deusto Salud, 2015
2. ARBONES-DÁVILA NAVARO, Y., *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, Curso 2018/2016, Facultad de Derecho ICADE, Comillas.

3. CÁCERES RODRÍGUEZ, C., *Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS*, *Audito: Revista Electrónica de audiología*. Vol2(3), 2004, pp. 74-77
4. CLEMENTE MEORO, M., et al., *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.^a ed., 2001.
5. DIAZ ALBART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente*, *Revista de Derecho Privado*, 2004, p.267
6. DÍEZ PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Tecnos, Madrid, 2.^a ed., 2016,
7. GARCÍA PRESAS, I., *Disposiciones generales sobre discapacidad y dependencia: la delegación de la mejora en el Código Civil*, 2009
8. GOMEZ GALLIGO, F., *La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta en favor del discapacitado*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, p. 17
9. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M.^a C., *La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad*, *El Derecho*, 2015
10. MORETÓN, MF., *Protección Civil de la Discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, p. 79-81
11. NOGUERA NEBOT, T., *El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil*, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, p. 477
12. NOGUERA NEBOT, T., *La ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria*, *El Derecho*, 2005
13. PEREÑA VICENTE, M., *El Derecho Sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en la Ley, 18 de febrero de 2004*, núm 5957, 2004, p.2
14. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y CÁMARA LAPUENTE, S., *Curso de Derecho Civil (V) – Derecho de Sucesiones*, 2015, p. 35.

15. PÉREZ DEL CAMPO, M., *Protección y Derechos de las personas discapacitadas en el ordenamiento jurídico español*, p. 2
16. POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Reflexiones en torno a la ley 41 2003, de 18 de noviembre, y el sistema de la legítima*, El Derecho, 2005