

**TRABAJO DE FIN DE GRADO EN DERECHO**

**CURSO 2019/2020**

**LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO  
SUCESORIO**



**THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN SUBSTANCE LAW**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CIUDAD REAL**

**Autor/a: MANUEL SALGADO RUISECO**

**Tutor/a: Dra. M.<sup>a</sup> CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO**

**Presentación: junio de 2020**



## **RESUMEN:**

Este trabajo tiene como objeto el análisis de los mecanismos de protección jurídico-privada de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio. Para ello es imprescindible la diferenciación de los conceptos que giran en torno a estas personas, y que pueden dar lugar a confusión y problemática, diferenciando la capacidad, discapacidad e incapacidad. Tras ello, se plasman las principales fuentes normativas del objeto del trabajo, que hacen posible desarrollar el núcleo central del mismo, las técnicas jurídicas de protección sucesoria de las personas con discapacidad, es decir, los mecanismos que proporciona la actual normativa civil, para proteger a las personas discapacitadas en el derecho de sucesiones, teniéndoles en cuenta tanto como causantes como herederos. Por último, y teniendo como propósito proteger a este amplio sector vulnerable de la sociedad, se plantean las diferentes propuestas y soluciones legislativas, que, en algunos casos, dan respuesta a la desprotección jurídica existente, y a la limitación que actualmente existe respecto a la voluntad del testador.

## **ABSTRACT:**

The objective of this project is to analyse the private-legal protection mechanism of disabled people within the law inheritance field. For this, it is essential to differentiate the concepts that revolve around the scope of these people, and that can lead to confusion and problems, differentiating capacity, disability and incapacity. After this, the main normative sources of the object of the work are reflected, which make it possible to develop the central nucleus of the same, with the legal techniques of succession protection for people with disabilities, that is, the mechanisms provided by current civil regulations, to protect disabled people in inheritance law, taking them into account both as causers and heirs. Finally, and with the purpose of protecting this broad vulnerable sector of society, the different legislative proposals and solutions are proposed, that in some cases, they respond to the existing legal vulnerability, and to the limitation that currently exists regarding the testator's will.



**PALABRAS CLAVE:**

- **Derecho Civil**
- **Discapacidad**
- **Incapacidad**
- **Capacidad modificada judicialmente**
- **Protección sucesoria**
- **Protección patrimonial**

**KEY WORDS:**

- **Civil Law**
- **Disability**
- **Inhability**
- **Judicially modified capacity**
- **Succession protection**
- **Patrimonial protection**



## ÍNDICE:

<b>1. INTRODUCCION.....</b>	<b>6</b>
<b>2. TERMINOLOGÍA: CAPACIDAD, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD. ....</b>	<b>8</b>
<b>3. PRINCIPALES FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO SUCESORIO DE LA DISCAPACIDAD. ....</b>	<b>12</b>
<b>3.1. Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....</b>	<b>12</b>
<b>3.2. Constitución Española .....</b>	<b>14</b>
<b>3.3. Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.....</b>	<b>15</b>
<b>3.4. Ley de Jurisdicción voluntaria aprobada por Ley 15/2015, de 2 de julio.</b>	<b>16</b>
<b>3.5. Código Civil y Ley de protección patrimonial 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. ....</b>	<b>17</b>
<b>4. TÉCNICAS JURÍDICAS DE PROTECCION SUCESORIA.....</b>	<b>18</b>
<b>4.1. PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO COMO CAUSANTE.....</b>	<b>19</b>
<b>4.1.1. Nueva causa de indignidad para suceder .....</b>	<b>19</b>
<b>4.1.2. La sustitución ejemplar. * .....</b>	<b>21</b>
<b>4.2. PROTECCION DEL DISCAPACITADO COMO SUCESOR.....</b>	<b>21</b>
<b>4.2.1. Legado de derecho de habitación a favor de la persona con discapacidad.....</b>	<b>21</b>
<b>4.2.2. Facultad otorgada al cónyuge para realizar mejoras y adjudicaciones de bienes a favor de un hijo. ....</b>	<b>24</b>
<b>4.2.3. Posibilidad de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado. ....</b>	<b>26</b>
<b>4.2.4. Características en materia de colación de los gastos en favor del descendiente discapacitado.....</b>	<b>28</b>
<b>4.2.5. Sustitución ejemplar y pupilar. ....</b>	<b>30</b>
<b>4.2.6. Mejorar al hijo mediante testamento .....</b>	<b>32</b>
<b>4.2.7. Pago en metálico de la legítima.....</b>	<b>33</b>
<b>4.2.8. Legados modales, de alimentos o educación. ....</b>	<b>35</b>
<b>4.2.9. Otros mecanismos post mortem de la protección anticipada de la voluntad del discapacitado. ....</b>	<b>35</b>
<b>5. SOLUCIONES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS.....</b>	<b>36</b>
<b>5.1. Prohibición de testar en ausencia de discernimiento.....</b>	<b>38</b>
<b>5.2. Admisión del testamento abierto y cerrado. ....</b>	<b>40</b>



<b>5.3. Incapacidad para suceder .....</b>	<b>41</b>
<b>5.4. Eliminación de la sustitución ejemplar. ....</b>	<b>42</b>
<b>5.5. Sistema de legítimas. ....</b>	<b>43</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>45</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>47</b>
<b>8. APÉNDICE LEGISLATIVO .....</b>	<b>50</b>
<b>8.1. General.....</b>	<b>50</b>
<b>8.2. Específico .....</b>	<b>50</b>



## 1. INTRODUCCION.

El presente trabajo versa sobre la protección jurídica-privada que se otorga a las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio, con el objeto de favorecer y fomentar la plena integración social y jurídica de esas personas, mediante la igualdad de oportunidades.

Este es un tema que en los últimos años ha despertado interés entre juristas de diversas materias. En este caso se abordará desde una metodología y perspectiva de Derecho Civil, conforme al área bajo cuya dirección se ha realizado. No obstante, y, además de los manuales, monografías y artículos científicos de esta índole, hemos consultado otros de ámbitos que, dotan a este estudio de un carácter transversal, bien es cierto que, el objeto principal tendrá su fundamento en Derecho Civil y, claro está, la legislación desarrollada a su amparo.

Según el Instituto Nacional de Estadística<sup>1</sup>, son aproximadamente 3,8 millones de personas las que se ven afectadas por alguna falta de capacidad y las que necesitaran de la protección jurídica existente, o de la que debería existir en un futuro, mediante las diferentes propuestas legislativas. Sólo en la Unión Europea<sup>2</sup>, más de 50.000.000 personas tienen alguna discapacidad, es decir, una quinta parte de la población de la UE. Analizando estas cifras, no es de extrañar el afán por parte de parte de la doctrina civilista, en otorgar mayor protección a este sector, ya que se puede decir que los discapacitados han vivido sin la protección jurídico-social adecuada hasta fechas frecuentes por su parte<sup>3</sup>. Junto a esas personas que desde su nacimiento van acompañadas de una discapacidad, se pasa

---

<sup>1</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. (Consultado el día 29 de abril de 2020).

<https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=1792&capsel=1803>.

<sup>2</sup> WEB OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. (Consultado el día 29 de abril de 2020).

<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es>

<sup>3</sup> LÓPEZ NAVARRO, J.. (2004). *Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado*. Artículo del blog de notarios y registradores. Charla en el Colegio Notarial de Valencia:

<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/INCAPACITADO-SUCESIONES.htm>.



también a aquellas que con los años resultan afectadas por una discapacidad sobrevenida (laboral, accidente de tráfico...etc.).

Teniendo en cuenta que son muchas las personas afectadas, y grande las desigualdades a las que enfrentarse, se analizará, tanto los diferentes conceptos controvertidos a los que este tema hace alusión constante, como son los de capacidad, discapacidad e incapacidad; como a las principales fuentes normativas a escala nacional y supranacional, por las que se ven influidos y desarrollados los diferentes mecanismos de protección, destacando entre otros, los otorgados por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que se plasma actualmente, a través de su introducción en el Código Civil, y sin hacer hincapié en las diferentes normas transversales que protegen a este amplio sector de la sociedad.

Nuestra norma suprema y tratados internacionales exigen una normativa que garantice los derechos de estas personas, y, por ende, la necesidad de analizar los mecanismos de protección que las normas de derecho civil otorgan a las personas con discapacidad. Estos son apartados instrumentales necesarios para encuadrar el tema conveniente y de esta manera, llegar al núcleo central del trabajo; la investigación de las diferentes formas de protección sucesoria otorgada por nuestro derecho común hacia las personas con discapacidad, destacando la problemática, y en muchos casos, desprotección jurídica, que la actual normativa trae a colación, y poniendo de manifiesto las limitaciones que el actual sistema de legítimas supone para la ley de la sucesión<sup>4</sup>.

Para finalizar el trabajo, y de modo que tenga sentido la investigación anterior, se plasman las diferentes propuestas que la doctrina ha conseguido llevar ante la Comisión general de codificación, y con ello, al poder legislativo. Con estas soluciones y propuestas legislativas, se intenta conseguir la mayor eficacia jurídica respecto a las exigencias internacionales, concretamente de la Convención de Nueva York, que tienen como objeto el eficiente reconocimiento, jurídico en este caso, de este grupo de la sociedad, es decir, se intenta mejorar el gran trabajo que llevan a cabo los mecanismos legales actuales, pero que en algunos casos siguen sin dar los frutos necesarios para conseguir la igualdad de

---

<sup>4</sup> Ley de la sucesión se interpreta como la voluntad del causante.



oportunidades en ámbitos generales, y en los que nos ocupa, en el derecho hereditario de las personas con discapacidad.

## 2. TERMINOLOGÍA: CAPACIDAD, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD.

Existen multitud de nomenclaturas con las que nuestra sociedad actual hace referencia a personas con falta de capacidad. Del mismo modo el Derecho civil tampoco usa una terminología exclusiva y única debido a dos factores: por un lado, por el objetivo de conseguir el mejor vocabulario existente, sin que quepan términos degradantes hacia las personas, y, por otro lado, para poder manejar diferentes clasificaciones que no son incompatibles en muchas ocasiones, pero que tampoco son sinónimos y, a veces, se utilizan jurídicamente de manera equivocada o confusa.

Por ello vamos a seguir las pautas que establece la Convención de Nueva York y por ella, la comisión general de codificación<sup>5</sup>, que va a tratar entre otras materias, de dar unos conceptos uniformes. Antes de pasar a definir tales conceptos, cabe destacar que el legislativo, siguiendo las pautas internacionales y en el ámbito que nos ocupa, que es el derecho civil, ha utilizado como regla general el concepto "*capacidad modificada judicialmente*" para hacer referencia a las personas incapacitadas (así lo hace la Ley de Jurisdicción voluntaria), y el concepto "*persona que sufre discapacidad o persona vulnerable*" para referirse al discapacitado<sup>6</sup>.

Para poder diferenciar el concepto de discapacitado e incapacitado hay que tener claro el significado de capacidad y quien es sujeto de la misma. Existen dos tipos de capacidad en una persona, que son la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La **capacidad jurídica** es la que tenemos todas las personas por naturaleza sin que se pueda modificar, ya que es algo inherente a la personalidad, mientras que la **capacidad de obrar** es aquella que se puede limitar, y que con carácter general tienen las personas mayores de edad que no hayan sido declarados incapacitados. En rasgos generales, mientras que la capacidad

---

<sup>5</sup> La comisión general de codificación es un órgano colegiado dependiente del Ministerio de Justicia que tiene como objeto preparar, preservar y orientar el ordenamiento jurídico en su conjunto.

<sup>6</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *Capacidad. Novedades en materia de incapacitación*. Máster en actualización jurídica para notarios. Universidad de Castilla la Mancha y el Centro de Estudios de Consumo. Curso 2018/2019. Pág.7-9.



jurídica la tiene todo sujeto de derecho porque te permite ser titular de derechos, la capacidad de obrar te permite llevar a cabo ciertos negocios y actos jurídicos de forma válida y eficaz. La capacidad jurídica es un poder de titularidad, mientras que la capacidad de obrar es un poder de ejercicio<sup>7</sup>.

Existen casos, en los que esas personas mayores de edad, no tienen la madurez necesaria para ser sujetos activos en determinados negocios jurídicos, por no tener la capacidad natural de entender y querer, es decir, por falta de elemento cognoscitivo y volitivo. Estas personas son las denominadas incapaces o incapacitados. Por tanto, cuando nos referimos a incapacitados no se suele hacer referencia a personas que tienen deficiencias sensoriales o físicas, como puede ser una persona ciega o coja, ya que éstos no tienen por qué tener falta de discernimiento respecto a ciertos negocios jurídicos, y por tanto se trata de personas que pueden tener plena capacidad de obrar, sin perjuicio de que las características de la discapacidad sean compatibles con las de la capacidad modificada judicialmente<sup>8</sup>.

A pesar de las diferencias entre capacidad de obrar y jurídica, y de las diferentes formas de explicar la discapacidad e incapacidad (capacidad modificada judicialmente), numerosas normas, tanto nacionales como internacionales llevan a confusión ambos términos. Sin ir más lejos, la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, a la que luego se hace referencia, alude al discapacitado como el que tiene deficiencia mental, física, intelectual o sensorial, de manera que se le puede impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, al interactuar con varias barreras. Con esta definición se puede llegar a pensar, que esas barreras son por falta de los elementos en los que una persona puede someterse a incapacitación. Del mismo modo sucede con el Real Decreto Legislativo 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, que hace referencia a la discapacidad como una situación en la que existen personas con barreras que limitan

---

<sup>7</sup> GULLON BALLESTEROS, A. *Capacidad jurídica y capacidad de obrar, en Los discapacitados, su protección jurídica*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1999, Pág. 11-22.

<sup>8</sup> AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. *Diferencia entre capacidad e incapacidad*. Blogs de educación especializada. Año 2017. <https://www.fundacionquerer.org/2017/06/01/diferencia-entre-incapacidad-y-discapacidad/>.



o impiden la plena y efectiva participación en la sociedad con igualdad de condiciones respecto a las demás personas.

El concepto de persona con la capacidad judicialmente modificada es prácticamente unánime y no da lugar a discrepancias. Sin embargo, como ya hemos dicho antes, no sucede lo mismo con el concepto de discapacidad, que en diferentes normas jurídicas se establecen diversos conceptos de discapacidad, y que pueden confundirse con el de capacidad modificada judicialmente. Por ello, a lo largo del trabajo nos vamos a guiar por la diferenciación que la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ya que es el que tiene más utilidad en el ámbito que nos ocupa, que es el derecho sucesorio. Esta ley, en su artículo 13 establece una disposición adicional cuarta en el Código civil, que establece que: *"La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad..."*. Además de establecer una diferenciación clara que definimos a continuación, y sin lugar a confusión, la ley mencionada establece numerosos mecanismos jurídicos de protección al discapacitado e incapacitado, y que más adelante analizamos a fondo como hilo conductor de este estudio.

Esta ley considera personas con **discapacidad** a aquellas que tengan una minusvalía psíquica igual o superior al 33%; o los que tengan una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Esto se debe acreditar a través de un certificado expedido según indiquen los reglamentos correspondientes o mediante una resolución administrativa firme. Dejando claro el concepto de discapacidad, pasamos a hablar de la incapacidad (capacidad modificada judicialmente). Como se ha dicho antes, ambos conceptos son compatibles, ya que cuando una persona es discapacitada por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, la misma puede y suele tener falta de el elemento cognoscitivo y volitivo, y por tanto podría ser incapaz, cosa que no sucede con las minusvalías físicas o sensoriales (sordos, ciegos...).

Se ha llegado a cuestionar la posibilidad de que un incapaz no se le pudiera considerar discapacitado por no existir una resolución administrativa que lo confirme, sin embargo, a pesar de que lo correcto para verificar la discapacidad sería tal resolución, la mayor parte de la doctrina entiende que la existencia de una sentencia judicial dada por un procedimiento judicial contradictorio, conlleva considerar a la persona incapacitada como



discapacitado a la hora de regirse por las normas de protección de estos, para así evitar la dificultad de los litigios, y concretamente en las causas de derecho sucesorio.

Por otro lado, **la incapacidad -capacidad modificada judicialmente-** es la mayor limitación de la capacidad de obrar de una persona, y a su vez se puede considerar la mejor forma de proteger a una persona.

La capacidad de obrar es graduable, y, por tanto, la incapacitación no impone las mismas restricciones a todos los sujetos que se ven sometida a ella. La sentencia de incapacitación debe ser un "traje a medida" para cada sujeto sometido a la misma, que determine los actos de la vida para lo que requerirá ser representado o asistido por su tutor o curador (por todas, STS -1ª- 4.4.2017). Para la incapacitación, a diferencia de para la discapacidad, se necesita una resolución judicial que indique la concurrencia de alguna de las causas establecidas por la Ley en el artículo 199 CC y 200 CC << son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma>>. Por ello, cuando se habla de incapacitado se hace referencia a la persona con la capacidad modificada judicialmente por darse circunstancias que le impiden gobernarse de manera autónoma, lo que da lugar al nombramiento de una persona que sustituya su capacidad, ya sea un tutor, un curador, o el defensor del pueblo<sup>9</sup>. Dentro de la incapacidad hay que diferenciar la incapacidad natural y la incapacitación (capacidad modificada judicialmente), ya que son también conceptos controvertidos, compatibles entre sí.

Puede que alguien padezca deficiencias de carácter físico o psíquico que le impidan autogobernarse, pero que esa persona no esté incapacitada por no existir sentencia judicial. Este caso da lugar a dudas sobre la efectividad jurídica de los actos que estas personas lleven a cabo. Por ello se prevé un sistema de impugnación para estos casos de incapacidad natural. Este sistema establece la anulabilidad de los contratos (artículo 1.301 CC), y quiere decir que el contrato en principio es válido y tiene efectos jurídicos, pero puede ser anulado en el plazo de 4 años por el incapaz "natural" o el representante legal del mismo, y nunca el tercero que contrató con ellos.

---

<sup>9</sup> CARRASCO PERERA, Á. *Derecho Civil: Introducción, Fuentes, Derecho de la Persona, Derecho subjetivo, Derecho de Propiedad*. 5ª Ed. Tecnos. Madrid, 2016. Pág. 140-142.



Esta regla de la anulabilidad que se utiliza en el caso anterior no se lleva a cabo en el caso de un testamento realizado por quien no tiene capacidad natural de querer y entender, es decir, no tiene capacidad para testar. En este caso se daría la nulidad de pleno derecho del testamento porque tales disposiciones no pueden tener eficacia jurídica, y por tanto se tienen por inexistente<sup>10</sup>. Pero es más dudoso que las técnicas de protección sucesoria previstas para personas incapacitadas, en unos casos, y discapacitadas, en otros, sean aplicables por analogía a incapaces naturales que no han sido objeto de una sentencia de modificación judicial de la capacidad.

### **3. PRINCIPALES FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO SUCESORIO DE LA DISCAPACIDAD.**

Entre la multitud de fuentes normativas que existen sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, hago referencia a las principales normas que se tienen en cuenta a la hora de analizar los mecanismos de protección desde el ámbito sucesorio:

#### **3.1. Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.**

El Convenio de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad o Convenio de Nueva York de 2006 fue ratificado por España en mayo de 2008, siendo integrada en nuestro derecho interno desde su publicación en el BOE el día 3 de mayo (art. 96 CE), y, por tanto, prevalece sobre nuestro ordenamiento interno, en virtud del art.10.2<sup>11</sup> de nuestra carta magna.

---

<sup>10</sup> CARRASCO PERERA, Á. *Derecho Civil: Introducción, Fuentes, Derecho de la Persona, Derecho subjetivo, Derecho de Propiedad*. 5ª Ed. Tecnos. Madrid, 2016. Pág.143-144.

<sup>11</sup> Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.



Se destaca la primacía de la protección de las condiciones de las personas con discapacidad sobre las de su familia o entorno social, y para ello se necesita una plasmación jurídica en las diferentes normas, trabajo que se ha llevado a cabo de manera importante por la Comisión General de Codificación (CGC), donde hay que destacar la relevancia y gran papel que realiza la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica Preventiva) dependiente del Ministerio de Justicia.

Ahora bien, a pesar del objetivo claro de proteger a un sector de la sociedad, durante toda la historia, e incluso algunas normas actuales, se basan en sistemas de aislamiento de personas para proteger a los discapacitados, mientras que poco a poco es más normal que las normas protectoras vayan encaminadas a preservar los derechos de las personas mediante la participación del sujeto, siendo la CGC la que haga plasmar esos objetivos en las propuestas legislativas. Esto tiene parte de su fundamento en la Convención de la ONU de 2006, ya que la misma se regula sobre la base de un sistema de apoyos (sin que se llegue a suplir la capacidad jurídica de la persona) que permita a las personas tomar decisiones de manera libre y con plenas consecuencias jurídicas. De esta manera este tratado conlleva un cambio radical en la forma de proteger a los discapacitados, que por desgracia, actualmente no se plasma en todos los mecanismos de protección de las personas con discapacidad, sin perjuicio del gran trabajo y efectividad que muchas normas actuales están llevando a cabo<sup>12 13</sup>.

Los promotores de la Convención de Nueva York tenían claro que la misma se debía aplicar a diversos Estados con legislaciones y costumbres muy diferentes, por lo que la Convención establece en su artículo 2, la necesidad de realizar "*ajustes razonables*" por parte de los Estados, y con ellos de los actores públicos y privados, para aplicar los marcos jurídicos actuales a lo estipulado en la Convención. Tanto el ámbito judicial (Fiscales, Médicos forenses y Jueces) como en el ámbito jurídico (Abogados, notarios, procuradores...) debían ejecutar los mecanismos jurídicos sobre la base de la convención, o lo que es lo mismo

---

<sup>12</sup> Como dijo el notario Ramon Corral Beneyto en una Charla sobre la protección de las personas con discapacidad en el Derecho español: "No hay nada que proteja más a una persona que el ejercicio por si misma de los derechos que le corresponden. Que lo excepcional debe ser que las personas con discapacidad no actúen como todas las personas, con los apoyos que ellas mismas se busquen, o prescindiendo de ellos en caso de no ser necesarios".

<sup>13</sup> Teniendo en cuenta las propuestas legislativas basadas en un sistema de apoyos, no hay que infravalorar el gran trabajo de la normativa vigente, en su mayoría anterior a la Convención, en cuanto a la protección de las personas con discapacidad. Por ejemplo, la Ley 41/2003 PPD.



"ajustados razonablemente" a la misma. Por tanto, no solamente existe un olvido jurídico como explicábamos al principio, sino también un olvido social y de aplicación por parte de estas personas o actores públicos, encargadas de velar por la protección de los discapacitados. Existe una falta de preparación y formación tanto a nivel jurídico como judicial, que puede dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales inherentes a las personas (Ejemplo claro es el incumplimiento constante del artículo 757 LEC, al establecer quien puede o debe promover la capacidad modificada judicialmente<sup>14</sup>. Son muchos los casos en que instituciones públicas que tienen la obligación de proteger al discapacitado, pasan por alto algunas normas, a causa de la ausencia de formación e importancia aplicada a este ámbito de la sociedad.

### **3.2. Constitución Española**

En nuestra Constitución Española, **el artículo 10.1** establece que *"la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social"*.

Sin embargo, no tiene mucho sentido la reivindicación de derechos fundamentales inherentes a las personas y la plasmación jurídica de los mismos, sino se establecen mecanismos jurídicos que logren la efectividad de estos. De ahí que nuestra Constitución, en su **artículo 49**, establezca el deber de los poderes públicos de *"llevar a cabo unas políticas que velen y protejan a los disminuidos psíquicos, sensoriales y físicos, dando lugar a un amparo especial para el disfrute de los Derechos que el título otorga a todos los ciudadanos"*. Se habla de un amparo especial, y por tanto ya se puede plasmar la necesidad de protección de este grupo de personas, no solo de forma igualitaria a las demás, sino de forma concreta y especializada, para poder otorgarles la protección y garantía suficientes

---

<sup>14</sup> De esta manera todo funcionario público debería poner la capacidad modificada judicialmente en conocimiento del Ministerio Fiscal cuando conocieran causas de ésta, también lo debería hacer la Seguridad Social al emitir certificados que reconocen el grado de minusvalía, etc.



como para que sus derechos fundamentales no se vean vulnerados, y concretamente su derecho constitucional de la persona.

El sistema de protección que constituye la base y fundamento del resto de técnicas de protección es la reducción o eliminación de la capacidad de obrar mediante la modificación judicial de la capacidad. En principio, esa capacidad modificada puede parecer contraria a los derechos fundamentales, de los que hemos hablado anteriormente, por limitar la capacidad de obrar de una persona, sin embargo, existe múltiple jurisprudencia que lo deforma. Sin ir más lejos, y a pesar de que actualmente se propone la eliminación de ésta para adaptarse a las exigencias de la Convención de Nueva York de 2006<sup>15</sup>, la STC 282/2009, de 29 de abril, FJ 5, establece que *"una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona"*.

La capacidad modificada judicialmente es un método de protección plenamente válido, ya que no se puede considerar contraria a la Convención, ni al artículo 14 CE, el tratar de forma diferente a personas que no pueden autogobernarse, con personas que tienen su plena capacidad jurídica. Esto es así porque al discapacitado se le aporta un sistema de protección y no de exclusión, y, por tanto, cuando nuestro derecho común toma medidas de protección para estas personas, lo hace justificadamente, en virtud de la falta de entendimiento y voluntad de éstas. Solo una sentencia judicial puede privar la capacidad de obrar con la intensidad necesaria para su protección, pero la capacidad jurídica o natural la siguen teniendo.

### **3.3. Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.**

Tras la ratificación por España del Convenio de Nueva York, y por ella, de la aprobación de la ley 26/2011 de adaptación normativa a la convención internacional, el ordenamiento jurídico español deja a un lado el modelo rehabilitador e individual de la persona con

---

<sup>15</sup> A raíz de la Convención de Nueva York, y, por ende, de un sistema basado en el apoyo a la persona discapacitada, el anteproyecto de ley en materia de discapacidad, abole la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a los discapacitados (incapacitación), por un sistema que tiene como objeto el respeto a las preferencias y voluntad de estas personas, siendo ellas las que tomen sus propias decisiones.



discapacidad, para afrontar un modelo social, y basado en derechos y capacidades de estas personas.

En la segunda disposición de la Ley 26/2011, se exigía al gobierno que llevara a cabo, antes del 31 de diciembre del 2013, la aprobación de un texto refundido que sentara sus bases en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. El resultado es el actual Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad, que fue aprobado por un real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, derogando 3 leyes anteriores<sup>16</sup>.

Aunque la ley general de discapacidad no refleje una concisa protección sucesoria del discapacitado, sí que se desarrolla en diferentes capítulos que abordan la protección de la salud, la educación, el empleo, la lucha contra la discriminación y el principio de libertad en la toma de decisiones. Y en concreto, establece la necesidad de medidas de acción positiva, que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables a las situaciones de discapacidad, en las cuales se enmarcan las modificaciones al Código civil en materia sucesoria afectantes a las personas con discapacidad (art. 68).

### **3.4. Ley de Jurisdicción voluntaria aprobada por Ley 15/2015, de 2 de julio.**

La Ley de jurisdicción voluntaria (LJV) es la última adaptación normativa de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York. Se encarga de regular los actos en los que se exige la intervención judicial para constituir un derecho o acto jurídico, en materia civil o mercantil (art.1.2 LJV), y que se denominan expedientes de jurisdicción voluntaria. En lo que nos concierne, se caracteriza por llevar a cabo una adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

---

<sup>16</sup> Las leyes que el vigente texto refundido derogó para adaptarse al sistema actual de protección de las personas con discapacidad son: a) la Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos, que fue la primera ley que regulaba el apoyo a los discapacitados y sus familias. b) La ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que impulsó la no discriminación y la accesibilidad de los discapacitados, previendo una serie de infracciones, que se culminaron con la siguiente ley. c) Ley 49/2007 que introduce sanciones e infracciones en el ámbito de no discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de los discapacitados.



la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente<sup>17</sup>.

### **3.5. Código Civil y Ley de protección patrimonial 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.**

La referencia a ambas normas tiene su justificación en que la Ley 41/2003 es una ley dedicada a la protección de las personas con discapacidad y que lleva consigo la reforma del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Normativa tributaria en materia de discapacidad, concretamente en el ámbito patrimonial. Por tanto, para hablar del código civil como fuente normativa de la protección sucesoria, es necesario examinar esta ley. A pesar de parecer un tanto antigua en comparación al resto de normas y tratados internacionales que han entrado en vigor en esta materia posteriormente, se trata de una importante fuente normativa en la actualidad, ya que es la que reguló e introdujo la gran mayoría de técnicas de protección sucesoria vigentes en nuestro derecho común, que se analizaran en el siguiente epígrafe.

Es promulgada en el Año Europeo de discapacitado y se asienta sobre las bases de los principios que establece nuestro artículo 49 CE y numerosos instrumentos internacionales<sup>18</sup>, y entre los que destacan, el interés del discapacitado respecto a otros intereses de menor entidad, y, por otro lado, el control del patrimonio por el Ministerio Fiscal<sup>19</sup>.

Respecto a las normas de Derecho sucesorio existen numerosas diferencias entre la regulación de las Comunidades autónomas con derecho foral propio y la regulación del Código civil, de manera que la reforma de la ley 41/2003 afecta únicamente al Código Civil.

---

<sup>17</sup> España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (Internet). Boletín oficial del Estado. Consultado el 4 de mayo de 2020. Preámbulo (III), 5º párrafo. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391).

<sup>18</sup> Por ejemplo, el informe 200 del Programa llevado a cabo por la ONU, el informe sobre Desarrollo humano y discapacidad. Etc.

<sup>19</sup> DÍAZ ALABART, S (coordinadora). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Ed. PyCHyAsociados. Madrid, 2004. Pág.91-93.



Esto se debe al artículo 149.1. 8º CE (respetar los derechos civiles, forales o especiales en aquellos lugares que existan), y a que las CC. AA con su propio derecho civil dan mayor libertad al testador sobre la disposición de sus bienes. Aun así, se puede prever que las CC. AA crearán nuevas normas análogas a esta ley, con el objeto de aumentar la protección de los discapacitados<sup>20</sup>.

La ley 41/2003 ha introducido numerosas reformas que afectan a la protección del patrimonio de los discapacitados, ha diferenciado la discapacidad de capacidad modificada judicialmente, y en lo que ahora más nos importa, se ha encargado de introducir en nuestro ordenamiento jurídico diferentes mecanismos jurídicos de protección del discapacitado en el ámbito sucesorio, con el objetivo de conseguir para las personas con discapacidad, un trato preferente respecto a otros sucesores. Esta protección se dará atendiendo al discapacitado como legitimario (ya que como expresa la ley en su exposición de motivos, la mayoría de los discapacitados sobreviven a los padres), y como causante, ya que, en un futuro, el heredero discapacitado o incapacitado puede tener descendencia.

Esta reforma se caracteriza por incluir excepciones al principio de intangibilidad de la legítima<sup>21</sup>, aunque en ningún caso se amplía la capacidad del testador a la hora de testar, sino que le permite, cuando sus herederos sean discapacitados o incapacitados, alterar la cuantía establecida por ley, es decir, le permite repartir de diferentes maneras el caudal hereditario, pero sin poder sobrepasar ese principio, que provoca innumerables problemas jurídicos y sociales para estas personas.

#### **4. TÉCNICAS JURÍDICAS DE PROTECCION SUCESORIA.**

A continuación, se exponen cada uno de los mecanismos jurídicos vigentes, que se encargan de proteger a las personas con discapacidad, en el ámbito del derecho sucesorio:

---

<sup>20</sup> La Comunidad de Valencia regula el estatuto patrimonial del discapacitado mediante la Ley 11/2003.

<sup>21</sup> **Intangibilidad de la legítima:** artículo 813 CC: "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados".



## **4.1. PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO COMO CAUSANTE.**

### **4.1.1. Nueva causa de indignidad para suceder**

El artículo 756 CC establece un *numerus clausus* con las causas por las que una persona es indigna para suceder. La Ley 41/2003 añade a este artículo, el apartado 7, que establece que, son incapaces de suceder por causa de indignidad: "*Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts.142 y 146 CC*".

La ley no exige en este caso la capacidad modificada judicialmente, por lo que este mecanismo de protección afecta a discapacitados, estén o no incapacitados.

Aunque la Ley 41/2003 de PPPD no haga referencia expresa a si la causa de indignidad se refiere exclusivamente a la sucesión testada o ab intestato, la jurisprudencia del tribunal supremo si lo hace, al expresar en la STS 28 de Febrero 1947 (Sala Civil) que las causas de indignidad, determinantes de incapacidad para suceder están reguladas en la rúbrica del Código Civil que hace referencia a "*De la capacidad para suceder con testamento o sin él*", por lo que se puede afirmar que las causas de indignidad para suceder incluyen tanto la sucesión testada o como intestada.

Cuando el apartado 7 hace referencia a las atenciones debidas, se refiere a aquellas inherentes a la obligación legal de alimentos que establece el artículo 142 CC<sup>22</sup>, ya que así lo expresa la exposición de motivos: "*alimentos regulados por el titulo VI del Código Civil*".

Ahora bien, es dudoso, si "*con atenciones debidas*" no solo se hace referencia al deber de alimentos, y también se extiende a atenciones morales, como afecto o hacer compañía, por lo que, ante la duda, es importante considerar el grado de parentesco y de capacidad del causante, con su heredero o legitimario, y así poder expandirse más allá del deber de alimentos, como ocurre con la causa de desheredación. Por ejemplo, en la STS 3 de junio

---

<sup>22</sup>Obligación legal de alimentos (Art.142CC): "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable"



de 2014, se entiende que, aunque no exista una causa de desheredación por no prestar apoyo moral al discapacitado, y las causas de desheredación son solo las previstas por ley (art.848 CC), se puede interpretar en algunos casos que el abandono moral es causa de maltrato psicológico (maltrato de obra)<sup>23</sup>.

Por otro lado, y a parte de saber la amplitud y extensión que marca el artículo al referirse a "*atenciones debidas*", hay que analizar quienes son los obligados a prestarlas. A pesar de que la ley no expresa de manera concisa a quien se extiende esta causa de indignidad, se podría presumir que afecta a quien incluye la obligación del deber de alimentos<sup>24</sup>. Ahora bien, la propia exposición de motivos establece: "*y ello, aunque el causahabiente no fuera de las personas obligadas a prestarlos*", es decir, se entiende que la intención del legislador es castigar a toda aquella persona que pueda suceder al causante, ya que la introducción general del artículo 756 CC establece que "*son incapaces para suceder..... las personas con derecho a la herencia*"

La falta de precisión gramatical hace que la mayor parte de la doctrina critique a la alusión difusa de quien tiene que prestar las atenciones debidas. Aun así, hay algo claro e indiscutible, y es que, aunque la norma tenga una gran extensión, no puede haber un deber jurídico por parte de los que no tienen el deber legal de prestar alimentos, es decir, existe como mucho un deber moral. Por otra parte, si con la expresión "*personas con derecho a la herencia*" (apdo. 7), se hubiera querido hacer referencia a todos los legitimarios o herederos intestados, pudiendo abarcar por tanto hasta los colaterales en un cuarto grado, el legislador lo habría expresado claramente<sup>25</sup>.

Las causas establecidas en el artículo 756 tienen un carácter grave, de tal manera que la misma debe ser probada y alegada, tanto la causa de indignidad como el que el heredero supiera que el causante era discapacitado, y que se le debían atenciones. Un ejemplo claro,

---

<sup>23</sup> GONZALEZ CARRASCO, C. Módulo III: *La discapacidad desde las perspectivas civil, penal y fiscal. Título II. La protección de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio*. Máster en Aspectos jurídicos y Gestión en Materia de Discapacidad. Universidad de Castilla la Mancha. IV Edición. Curso 2016/2017. Pág.5.

<sup>24</sup> El deber de alimentos afecta, en virtud del artículo 143 CC, a los cónyuges, ascendientes y descendientes, y hermanos para auxilios necesarios cuando no sea imputable la necesidad al alimentista, incluyendo la educación. Todos estos están obligados recíprocamente a darse alimentos.

<sup>25</sup> REBOLLEDO VARELA, A. *La familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Ed. Dykinkson. Madrid, 2010. Pág. 393.



y que puede suceder en la práctica, es el del hermano del discapacitado, que no es requerido para prestar alimentos, ni para ayudar en el cuidado de su hermano, y además no se evidencia la necesidad de estas atenciones; en este caso no se debería calificar como indigno para suceder. En relación con esto, cabe además que, por circunstancias concretas, la persona con discapacidad prefiera o le convenga convivir con unos parientes diferentes a otros, y es respetable que los propios parientes lo respeten, sin que sean considerados indignos, y sin perjuicio de que la persona encargada de cuidar al discapacitado pueda alegar el artículo 143CC para exigir colaboración a sus parientes en el deber de alimentos.

#### **4.1.2. La sustitución ejemplar. \***

Esta figura se puede aplicar como protectora del discapacitado, entendido tanto como sucesor, como causante, por lo que se explica en el siguiente epígrafe (5.2.5).

### **4.2. PROTECCION DEL DISCAPACITADO COMO SUCESOR.**

#### **4.2.1. Legado de derecho de habitación a favor de la persona con discapacidad.**

Es un mecanismo de protección del discapacitado, introducido por la ley 41/2003 PPPD, y que da contenido al artículo 822 CC, que expresa: *“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

*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.”<sup>26</sup>*

Se trata de un desarrollo legislativo de la Constitución Española, que en su artículo 47 establece *“todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”*. En correlación con esto, el artículo 49 garantiza, la protección de las personas con discapacidad como colectivo en situación especial de indefensión. Esta reforma constituye un mandato constitucional.

Se suele establecer para los casos en que el hijo con discapacidad, que conviva con los padres en el momento de la muerte de éstos, tenga derecho a disfrutar de su vivienda habitual, siempre que el titular de ésta lo disponga, y sin que esa donación o legado compute como parte del caudal hereditario. Este artículo ya existía antes de la ley 41/2003, pero al no establecer el legado o donación como no computable en la herencia, se podía reclamar tal parte por oficiosidad. Por ello, con esta reforma, este derecho legal del discapacitado no se tendrá en cuenta en el reparto de las legítimas, siempre y cuando en el momento de la muerte, convivieran el causante y beneficiario. Se habla de beneficiario y no hijo en stricto sensu, porque la ley te habla de *“legitimario discapacitado”*, por lo que no exige que sean hijos, aunque sea esto lo habitual en la práctica<sup>27</sup>.

Con este precepto se intenta favorecer al discapacitado mediante su disfrute gratuito de una vivienda, algo que se considera como una necesidad primaria que puede suponer uno de los mayores desembolsos económicos que lleva a cabo una persona.

Se expresan dos figuras jurídicas:

- **Un derecho real de habitación (art. 822.1 CC)**, cuya atribución es voluntaria. Este derecho surge y debe verse como una solución y como un beneficio para los diferentes sujetos afectados por el mismo: el testador, la persona discapacitada, y el propietario del inmueble que es gravado por tal derecho<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Los artículos 1406 y 1407 CC hacen referencia a derechos del cónyuge, en caso de disolución de la sociedad de bienes gananciales.

<sup>27</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág.133-135.

<sup>28</sup> GOSÁLVEZ MINGORANCE, C. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág.136-137.



El primero da solución a un problema que suelen tener los padres de las personas discapacitadas, que es garantizar el hogar donde vivirán una vez que los padres falten. Además, esta protección evita problemas futuros a través del carácter personalísimo e intrasmisible<sup>29</sup> de este derecho de habitación, así como el carácter absorbente del dominio<sup>30</sup>.

El discapacitado se ve beneficiado por ser titular de un derecho real que le autoriza una posición jurídica erga omnes, y que le permite continuar en su vivienda habitual.

En el caso del propietario del inmueble que está gravado por el derecho de habitación, a parte de la intrasmisibilidad antes citada, el derecho de habitación tiene como fin cubrir las necesidades primarias, en este caso del discapacitado y de su familia si fuere necesario, es decir, no puede existir una extralimitación del derecho por el beneficiario, y en caso contrario, puede verse sometido a las consecuencias jurídicas del artículo 527 CC<sup>31</sup>, o a las del 529 CC (extinción del derecho). Por tanto, la necesidad es una pieza clave en esta figura jurídica. Además, este derecho hace compatible la convivencia por parte del beneficiario y el propietario, de manera que el propietario no se quede sin vivienda.

Se trata de un negocio jurídico llevado a cabo mediante una donación o legado del derecho de habitación.

- **Un derecho legal de habitación (art. 822.2 CC):** Este derecho agrupa las mismas características que el derecho anterior(voluntario) con un solo añadido:

---

<sup>29</sup> La intrasmisibilidad del derecho de habitación hace que, si el discapacitado quisiera transmitir este título, tal transmisión sería nula de pleno derecho.

<sup>30</sup> El principio de elasticidad del dominio establece que, cuando el derecho de habitación se vea extinguido, automáticamente las facultades de éste se reintegran en el dominio.

<sup>31</sup> Artículo 527: Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupará toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte.



que el "testador" no disponga otra cosa o no lo hubiera excluido expresamente. Se trata de una constitución ope legis automática del derecho de habitación<sup>32</sup>. En este caso la ley no dice nada sobre la justificación del testador en la privación del derecho de un legitimario, a diferencia de lo que sucede con la desheredación, que ha de ser justa. Esto plasma la primacía de la ley de la sucesión (voluntad del testador).

Esta figura ha de regularse, por lo establecido en su propio artículo 822 CC y por las normas generales que aluden al derecho de habitación. (arts. 523 y ss. CC).

#### **4.2.2. Facultad otorgada al cónyuge para realizar mejoras y adjudicaciones de bienes a favor de un hijo.**

Se trata de una modificación del **artículo 831 CC**, llevada a cabo por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

El cónyuge o pareja no casada que tenga descendencia común con el causante, y que tras su muerte sobreviva y no contraiga un posterior matrimonio, podrá dilatar en el tiempo la última voluntad del causante, llevando a cabo designaciones que crea conveniente, aunque sean dispares con las del causante, y podrá llevarlas a cabo por actos inter vivos o mortis causa.

Esta facultad es una excepción a dos reglas establecidas por el Código civil: la regla del artículo 670, que establece que "*el testamento es un acto personalísimo*" y la del artículo 830, que establece que "*la facultad de mejorar no podrá encomendarse a otro*".

Las mejoras y adjudicaciones no tienen por qué darse en un solo acto, ya que se pueden dar de manera sucesiva o simultánea. En el caso de que el causante no especifique nada

---

<sup>32</sup> GARCÍA HERRERA, V. *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*. Ed Dykinson. Madrid, 2018. Pág.119- 120.



en su testamento, el plazo será de 2 años desde que se abre la sucesión, o si se diera el caso, desde la emancipación última de entre los hijos comunes<sup>33</sup>.

Se trata de un acto revocable, ya que la facultad es otorgada mediante testamento, y no se puede constituir mediante capitulaciones patrimoniales como se podía antes de la ley 41/2003. Además, ni siquiera se exige la existencia de pareja hecho, sino únicamente descendencia común, y por ello, se podría otorgar esta facultad incluso a una persona diferente al cónyuge.

Esta figura jurídica constituye un caso de contador-partidor, que actúa como un verdadero comisario, que es nombrado por el causante, pero que cuenta con mayores facultades de las propias del artículo 1057 CC (*"El testador podrá encomendar por acto "inter vivos" o "mortis causa" para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos."*)

La justificación de este mecanismo de protección del discapacitado es el permitir que el cónyuge sobreviviente lleve a cabo la partición de la herencia del causante en el momento más adecuado para la persona con discapacidad, que es su hijo o descendiente<sup>34</sup>.

Los límites que se le establecen al cónyuge, y que ya existían en el anterior artículo 831 CC es el respeto a la legítima estricta (ya que ni el propio testador puede disponer de ellas), y a las mejoras y otras consideraciones que el causante hubiere llevado a cabo. Esto es así porque, a pesar de que el cónyuge sobreviviente puede distribuir los bienes del causante, no puede modificar las disposiciones que el causante hubiere realizado sobre esos bienes, a favor de sus descendientes comunes. En caso de que el cónyuge que actúa como partido contador, vulnerara el principio de intangibilidad de las legítimas o las disposiciones llevadas a cabo por el causante, el perjudicado podrá solicitar una rescisión de los actos vulnerables, mediante la acción de rescisión de la partición por el interés lesionado, del artículo 1.076 CC.

---

<sup>33</sup> DÍAZ ALABART, S (coordinadora). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Ed. PyCHyAsociados. Madrid, 2004. Pág. 230.

<sup>34</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág.121-125.



Cabe la posibilidad de que existan descendientes no comunes por parte del causante, ya que, en base a lo anterior, las facultades que se otorgan al cónyuge no pueden alterar las legítimas y disposiciones testamentarias a favor de éstos.

En cuanto a la capacidad de obrar del cónyuge o pareja del testador, se exige la capacidad de obrar que requiera el acto a realizar, y lógicamente, que el mismo no esté incurso en alguna causa de indignidad.

La extinción de las facultades concedidas al cónyuge se dará cuando se produzca un posterior matrimonio o relación de hecho parecida, o descendencia no común (ésta causa de extinción se da porque justifica la existencia de una relación, aunque la misma no hubiere sido reconocida), siempre que el causante no hubiera designado lo contrario.

Este mecanismo jurídico se usa poco en la práctica, hasta el punto de que no tenemos jurisprudencia del Tribunal supremo sobre el alcance de este<sup>35</sup>.

#### **4.2.3. Posibilidad de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado.**

Se trata también de una reforma del Código Civil e introducida por la ley 41/2003. Es uno de los mecanismos que más llaman la atención por tratarse de una vulneración del principio de intangibilidad de las legítimas. Hasta entonces la legítima estricta era intocable por parte del testador, ya que en virtud del artículo 813 CC, no se podía privar la legítima de un heredero salvo en los casos previstos por ley, refiriéndose a la desheredación, y en virtud del artículo 782 CC tampoco se podían llevar a cabo sustituciones fideicomisarias que gravaran la legítima.

Esta reforma conlleva la modificación de tres artículos de nuestro código de derecho común, el artículo 782 y 813 CC, y el artículo 808 CC, según el cual, *“cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido incapacitado judicialmente, el testador podrá establecer*

---

<sup>35</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág.131-132.



*una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legitima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos".* Se trata de una reforma que fomenta la libertad de testar (asimilándose a la regulación de los derechos forales y a las propuestas legislativas actuales), pudiendo el testador gravar la legitima estricta de sus hijos o descendientes cuya capacidad haya sido judicialmente modificada, a través de una sustitución fideicomisaria. En consecuencia:

En el artículo 813 CC, donde se impone la imposibilidad de gravar y privar la legítima de los herederos, se establece la salvedad de gravar la legítima en los términos del artículo 808 CC. De igual modo, en el artículo 782 CC, que indica la imposibilidad de que una sustitución fideicomisaria grave la legítima, se establece la salvedad de hacerlo en beneficio de un hijo o descendientes incapacitado en los términos que indica el artículo 808 CC.

De esta manera, antes de la reforma del año 2003, los padres de personas con discapacidad no podían gravar la legítima de sus herederos a excepción de los pocos casos de desheredación, mientras que actualmente, la legítima corta puede ser gravada mediante una sustitución fideicomisaria. Ahora bien, llevar a cabo este mecanismo exige una serie de características que pueden plantear problemas. En primer lugar, se establece una *conditio iuris*, ya que el hijo o descendiente discapacitado debe tener la capacidad modificada judicialmente, de tal modo que no es suficiente la discapacidad o minusvalía expresada en el artículo 2.2 de la ley 41/2003<sup>36</sup>. Además, se exige que el capital que constituye el tercio de legitima estricta debe someterse a un patrimonio independiente del patrimonio que tenga o pueda llegar a tener la persona con la capacidad modificada judicialmente<sup>37</sup>.

En conclusión, este mecanismo de protección de la persona con discapacidad consiste a efectos prácticos, en que una vez fallecida la persona incapacitada (fiduciario que no puede testar por definición), los bienes que integran su legítima, y de los que ha podido disfrutar mientras ha vivido, se transmitían a sus coherederos (que son en la mayoría de los casos, sus hermanos), sin que se abra la sustitución ab intestato. Por tanto, con este mecanismo se puede gravar, no solo la parte de legítima que en condiciones normales obtendría el discapacitado, sino también la cuota del resto de coherederos, que adquirirían la posición

---

<sup>36</sup> 33% y 65% según los casos.

<sup>37</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág. 156-157.



de herederos plenos cuando el incapacitado muriera, y no únicamente de la cuota que les correspondería en su legítima originaria, sino también de la del coheredero incapacitado, que en este caso también funciona como sustitución ejemplar, por lo que en el caso de que el fiduciario tuviera hijos, se debe establecer la sustitución ejemplar sin que afecte a la legítima de los mismos<sup>38</sup>.

#### **4.2.4. Características en materia de colación de los gastos en favor del descendiente discapacitado.**

Se trata de una reforma que lleva a cabo la Ley 41/2003, que, en su exposición de motivos, en el punto VII, expresa la introducción de un nuevo y segundo párrafo en el artículo 1041 CC, y que tiene como objeto “*evitar traer a colación<sup>39</sup> los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiéndose por esta cualquiera disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*”<sup>40</sup>.

Este artículo 1041 CC expresa dos matices importantes:

- Por un lado, los gastos no sujetos a colación son los llevados a cabo por padres y ascendientes a favor de sus propios hijos o descendientes.
- Por otro lado, solo se refiere a los gastos que cubran las necesidades especiales de los discapacitados. Este hecho tiene relevancia desde diferentes puntos de vista, como puede ser a la hora de fijar la cuantía de una pensión compensatoria consecuencia de una crisis matrimonial<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> GONZALEZ CARRASCO, C. Módulo III: *La discapacidad desde las perspectivas civil, penal y fiscal. Título II. La protección de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio*. Máster en Aspectos jurídicos y Gestión en Materia de Discapacidad. Universidad de Castilla la Mancha. IV Edición. Curso 2016/2017. Pág 13.

<sup>39</sup> La colación es regulada en el artículo 1035, y consiste en: “El heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición”.

<sup>40</sup> MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág. 153.

<sup>41</sup> MANZANO FERNANDEZ, M. “Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*. nº 742. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Año 2014. Pág. 383-412.



El artículo 1041 CC. originaria y actualmente, establecía en su primer párrafo que *“no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre”*.

La justificación de la no colacionabilidad de esas partidas, que se enumeran en el texto originario de este artículo, hacen referencia a gastos y no a liberalidades, y esto es así porque en el propio artículo se hablan de deberes legales o morales que tiene el padre o ascendiente(causante) respecto a cualquier hijo, tenga o no discapacidad. De esta manera, queda claro que esa no colacionabilidad era aplicable también a los hijos discapacitados. Ahora bien, con la introducción del segundo párrafo del artículo se deja claro que en este último caso también se aplicara la no colacionabilidad a los gastos que se adecuen a las necesidades especiales que estas personas sufren <sup>42</sup>.

Es algo indiscutible la gran cantidad de gastos que los padres de las personas con discapacidad deben soportar, y la poca compensación que existe por ayudas del Estado en estos casos.

Ya en la antigua redacción del artículo se establece que *“aunque fueran extraordinarios”* no serían gastos colacionables. En el caso de las personas discapacitadas debe tenerse en cuenta que las difíciles circunstancias de estas personas hacen que los gastos llevados a cabo en educación, alimentos, curación de enfermedades..., no sean considerados extraordinarios stricto sensu, sino gastos normales atendiendo a tales circunstancias.

En conclusión, aunque ya el antiguo artículo 1041 protegía a las personas con discapacidad en materia de colocación, con este nuevo apartado, se evitan controversias que han producido numerosos pleitos entre familias, y se da lugar a una expresión de solidaridad intergeneracional, evitando cualquier disputa sobre el carácter de *“extraordinario”* de los tratamientos, educación o cuidados que se den a una persona con discapacidad. Además, se da cabida a gastos que no encajaban correctamente con la redacción anterior, como, por ejemplo, la adquisición de un vehículo adaptado especialmente para sus necesidades<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup>DÍAZ ALABART, S (coordinadora). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Ed. PyCHyAsociados. Madrid, 2004. Pág.232.

<sup>43</sup> DÍAZ ALABART, SILVIA (coordinadora). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Ed. PyCHyAsociados. Madrid, 2004. Pág. 232.



#### **4.2.5. Sustitución ejemplar y pupilar.**

A diferencia de los mecanismos de protección del discapacitado citados anteriormente, la sustitución ejemplar y pupilar no son fruto de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, pero sí que constituyen vigentes formas de protección de los discapacitados en el derecho sucesorio.

Estos mecanismos de protección se recogen en los artículos 775 y 776 CC, y pueden considerarse la mejor herramienta que contiene el Código civil para que los padres y ascendientes de las personas discapacitadas indiquen el destino de los bienes de la persona discapacitada cuando ésta no pueda hacerlo. Con estas figuras jurídicas, los bienes de las personas que no gozan de capacidad para testar no irán necesariamente a los parientes que la sucesión intestada exija, sino a aquellos que los ascendientes (que son los titulares del patrimonio que en un futuro heredará la persona con discapacidad) de esas personas decidan<sup>44</sup>.

A pesar de que solo es el artículo 776 el que hace referencia a personas con alguna discapacidad al hablar de "enajenación mental", el artículo 775 también puede servir como fórmula de protección.

El artículo 775 establece "*Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de 14 años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad*". (sustitución pupilar)

El artículo 776 establece que "*el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de 14 años que, conforme a derecho, haya sido nombrado incapaz por enajenación mental*". (sustitución ejemplar)

Ambas modalidades plantean una serie de problemas que la jurisprudencia y doctrina ha intentado solucionar de la mejor manera y con unanimidad, y que analizo de forma conjunta a continuación.

---

<sup>44</sup> GONZALEZ CARRASCO, C. Módulo III: *La discapacidad desde las perspectivas civil, penal y fiscal. Título II. La protección de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio*. Máster en Aspectos jurídicos y Gestión en Materia de Discapacidad. Universidad de Castilla la Mancha. IV Edición. Curso 2016/2017. Pág 12



En primer lugar, la sustitución pupilar no te habla de persona incapacitada, y se duda si es posible designar un sustituto a un menor de 14 años en esas condiciones, por lo que la solución práctica, y protectora del incapaz, es designar un sustituto pupilar al incapacitado, introduciendo en el testamento que cuando el incapaz cumpla los 14 años se transforme en sustitución ejemplar.

En segundo lugar, se podría preguntar, si los bienes que son objeto de las sustituciones pueden ser todos los comprendidos por el incapaz, o únicamente los dejados por el testador. En este caso la STS 20 de marzo de 1967 y la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2003, limitan los bienes a los que el incapacitado reciba del testador, por lo que no pueden existir concurrencia de sustituciones. Ambas resoluciones se basan en el carácter personalísimo del testamento y en la prohibición del testamento por comisario<sup>45</sup>  
<sup>46</sup>.

Otra cuestión, y a su vez crítica formulada por parte de la doctrina civilista, es la defectuosa redacción del artículo 776 CC al hacer referencia a enajenación mental, dejando lagunas sobre las personas discapacitadas, e incluso incapacitadas judicialmente que no tengan enajenación mental. A diferencia de algunos derechos forales, como el catalán, que establece el criterio de incapacitado, o el navarro, que habla de incapaz, la expresión que da el Código civil puede entenderse como una medida restrictiva o limitativa para algunas personas con discapacidad.

Por último, respecto al tiempo en que sería necesaria la declaración de "capacidad modificada judicialmente" de la persona protegida por la sustitución, el TS consideró en su STS 12/2006, que basta que la incapacitación sea declarada cuando se produzca la muerte sin testar del sustituido.

Es importante saber que, con la sustitución ejemplar, al igual que sucedía con la fideicomisaria, no se pueden limitar las legítimas de los legitimarios del sustituido. De ahí

---

<sup>45</sup> El testamento por comisario (prohibido en derecho común) consiste en la posibilidad de que una persona(comisario) pueda distribuir los bienes de la herencia en uno o varios actos, tanto inter vivos como mortis causa.

<sup>46</sup> LÓPEZ NAVARRO, J. (2004). *Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado*. Artículo del blog de notarios y registradores. Charla en el Colegio Notarial de Valencia. Pág. 10.  
<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/INCAPACITADO-SUCESIONES.htm>.



que la sustitución ejemplar se considera un testamento hecho por el sustituido y no un gravamen de su legítima.

#### **4.2.6. Mejorar al hijo mediante testamento**

Se trata de un mecanismo de protección muy usado por el cuerpo notarial de nuestro país, y que no tiene como objeto stricto sensu proteger al discapacitado, pero se puede valer del él. Consiste en llevar a cabo un testamento donde se mejore al hijo discapacitado lo máximo posible, es decir, donde se le nombre un tutor o curador, y sus coherederos únicamente reciban la legítima estricta<sup>47</sup>.

Aunque parezca algo evidente para juristas y personas que por determinadas circunstancias han tenido que aprender algunas reglas del derecho de sucesiones, en la práctica, son muchas las personas que no saben si pueden repartir el haber hereditario entre sus hijos de forma desigual.

La herencia según nuestro derecho común es dividida en tres partes, de las que solo una de ellas (legítima estricta) es obligatoriamente igual para todos los hijos o descendientes, por lo que, en las otros 2/3 pueden utilizarse, en nuestro caso, para beneficiar al hijo o descendiente discapacitado.

De entre los 2/3 restantes se encuentra el tercio de libre disposición y el tercio de mejora. La mejora es el tercio de la herencia destinado a legítima que puede servir para "mejorar" o favorecer a cualquiera de los hijos o descendientes diferenciándolos del resto, mientras que el tercio de libre disposición, como su nombre indica puede designarse para cualquier persona.

De este modo, se le atribuye a la persona con discapacidad el tercio de mejora, el tercio de libre disposición, y el tercio correspondiente a su legítima estricta.

Aunque este mecanismo es muy utilizado en la práctica, también hay que tener en cuenta la fiducia sucesoria del artículo 831 CC que se explicó anteriormente, teniendo en cuenta

---

<sup>47</sup> La legítima estricta, la recoge nuestro código civil en su artículo 806: "Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos."



que, en ese caso excepcional, se gravaría ese tercio de legitima estricta o corta y por tanto se beneficiaría mayormente a la persona discapacitada, que podría poseer la herencia completa del causante, cosa que no sucede con ésta técnica.

#### **4.2.7. Pago en metálico de la legítima**

Es una figura recogida se recoge en el artículo 841 CC: *"El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios."*

*No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia."*

Se establece la opción para el discapacitado-adjudicatario, siempre que el testador lo exprese, de elegir entre pagar en metálico el valor de la herencia a sus coherederos, o renunciar a la misma y que se apliquen las normas de la partición, que se aplicarán cuando no se notifique la intención del heredero beneficiado de este mecanismo, de llevar a cabo el pago en metálico, o porque se deje transcurrir el plazo para pagar<sup>48</sup>. En contraposición se puede también atribuir todo o parte de la herencia a los demás legitimarios, y que sean éstos los que paguen al discapacitado la parte correspondiente de la herencia, nombrando un tutor o curador que la administre en su caso.

Según Rivas Martínez, *"la atribución se puede hacer en beneficio de hijos o descendientes, sin que sea necesario que tengan la condición de legitimarios"*. Por ejemplo, los nietos, no son legitimarios cuando viven con los padres.

Con este mecanismo de protección surgen controversias sobre el entendimiento del legislador sobre el sistema de legítimas, pudiendo entender que, de este modo se

---

<sup>48</sup> Respecto al plazo para pagar la legítima en dinero: Se debe avisar en un año desde que se abre la sucesión, por lo que pasado el plazo esa opción no tiene efectos, y el pago se debe efectuar en otro año más, salvo pacto en contrario. De igual modo, si no se paga en ese plazo, la opción caduca, y se procede al reparto de la herencia conforme a las reglas de la partición.



interpreta la legítima como *pars valoris bonorum*<sup>49</sup>, en vez de como *pars bonorum* o *pars hereditatis*<sup>50</sup>.

Para que el derecho de opción tenga efectos, se tiene que dar una denominada conmutación, que consiste en la aprobación de la partición por parte de los hijos o descendientes; y en defecto de éstos, por aprobación judicial (art. 843 CC). Así lo ratifica el tribunal supremo en su STS 18/07/2010 al establecer que: *“los requisitos para que se lleve a cabo el pago de la legítima en dinero son: que el testador lo hubiere autorizado, que los hijos o descendiente estén de acuerdo con la conmutación o que se autorice judicialmente, y que se atribuya a los autorizados el patrimonio relicto”*.

La facultad de opción se concede a uno o varios hijos o descendientes, atribuyéndoles parte o todos los bienes de la herencia, con la facultad o discrecionalidad de pagar en metálico la parte hereditaria (no la legítima stricto sensu) a los otros legitimarios. Este mecanismo puede ser condicionado por los testadores, ya que, con mucha frecuencia, estos quieren atribuir bienes a un hijo, pero no saben si en un futuro habrá otros bienes en la herencia que sirvan para pagar las cuotas hereditarias del resto de legitimarios. Hay ocasiones en que el único bien, que, a la hora de hacer testamento existe en el patrimonio de un padre, como testador, es la casa en la que habita, y desea que la misma pase a su hijo discapacitado, pero no sabe si, cuando fallezca existirán en la herencia otros bienes que puedan satisfacer la legítima estricta de sus otros hijos. En este caso, se realizará el nombramiento de un heredero universal en favor de su hijo disminuido, a quien le atribuirá en pago de su cuota a la casa de la que hablamos y, para el caso en que no haya suficientes bienes en la herencia para satisfacer el pago de las legítimas estrictas del resto de legitimarios, ordenará que, en la parte que sea necesario, se paguen éstas en metálico con arreglo al artículo 841 y ss. CC. Con este mecanismo de protección del discapacitado no se vulnera el principio de intangibilidad de las legítimas, sino que se cumple la voluntad del testador, respetando la legítima de los hermanos de la persona con discapacidad.

---

<sup>49</sup> La legítima entendida como *pars valoris bonorum* es una teoría defendida por Roca Sastre, y que defiende la legítima como un derecho real de realización de valor, donde se da una titularidad sobre parte del valor económico de los bienes del haber hereditario.

<sup>50</sup> La legítima entendida como *pars bonorum* o *pars hereditatis* es actualmente la teoría que mayoritariamente defiende la jurisprudencia y doctrina actual. Consiste en concebir la legítima como una parte de los bienes que debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en algunos casos, reciba su valor económico.



#### **4.2.8. Legados modales, de alimentos o educación.**

Se tratan de dos mecanismos sencillos que no dan lugar a controversias doctrinales ni jurisprudenciales, y que se recogen en los **artículo 879 y 880 CC.**

Dan cabida a instituciones o legados modales sujetos al cumplimiento de ciertos requisitos, ya sea un legado de renta vitalicia con cargo a un heredero o legatario, con cargo a la herencia, o a un legado de alimentos y educación. Todo ello se puede llevar a cabo en beneficio de personas con discapacidad, aunque al igual que algunos de los últimos mecanismos de protección no estén pensados exclusivamente para estas personas.

Cabe recordar que con estos mecanismos no se puede perjudicar la legítima del resto de herederos forzosos, salvo en el caso del legado de habitación de la vivienda habitual (art. 822 CC).

#### **4.2.9. Otros mecanismos post mortem de la protección anticipada de la voluntad del discapacitado.**

Las instrucciones previas, voluntades anticipadas o testamento vital se encuentran reguladas en el artículo 11 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

No se trata de un mecanismo propiamente sucesorio, en tanto en cuanto se hace referencia al destino de órganos y cuerpo del discapacitado fallecido, y a sus deseos en relación con el tratamiento sanitario a recibir en caso de no estar capacitado para prestar el consentimiento informado en el momento de necesitarlo, o para indicar limitaciones del esfuerzo terapéutico acordes con la *lex artis* médica, especialmente en fase terminal.

Se podría decir que se trata de un mecanismo de "autoprotección" del "futuro discapacitado", ya que la propia ley lo define como *"el documento mediante el cual una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no se capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo."*



La persona que otorga el documento puede nombrar un representante legal, para que en el futuro haga de mediador suyo con el equipo sanitario, con el objetivo de que se cumplan las instrucciones previas.

Respecto a la nomenclatura con la que se hace referencia a este documento es muy variada, ya que en las diferentes Comunidades Autónomas se refieren con un nombre diferente (voluntades anticipadas, voluntad vital anticipada, expresión anticipada de voluntades, testamentos biológicos...) <sup>51</sup>. Ahora bien, a pesar de la validez de la mayoría de las nomenclaturas usadas, no se debería utilizar la de "testamento", ya que éste es un acto de disposición de bienes para después de la muerte, como así lo expresa el artículo 667 CC, mientras que la figura de la que hablamos no tiene por qué hacer disposición de los bienes para después de la muerte. Por ello, los notarios deben abstenerse de recoger este tipo de voluntades en los actos testamentarios y reenviar al testador al registro de instrucciones previas competente, para que su voluntad terapéutica y relativa al destino de sus órganos, quede reflejada en el mismo. De lo contrario, no podrá surtir sus efectos, ya que no se puede solicitar el certificado de existencia de testamentos al Registro de Actos de últimas Voluntades dependiente del Ministerio de Justicia sino transcurridos quince días desde el fallecimiento, siendo que, en dicho momento, ya no se podrá dar cumplimiento a los deseos del testador sobre el tratamiento y el destino de sus órganos en el momento de la muerte.

## **5. SOLUCIONES Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS.**

A pesar de los diferentes y actuales mecanismos jurídicos de protección que el Código Civil establece, entre los que destacan en su mayoría los introducidos por la Ley 41/2003, el nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad implantado por la Convención de Nueva York, ha desencadenado la necesidad de una reforma en el ordenamiento jurídico español, ya que la discapacidad no tiene ahora un enfoque individual de la persona vulnerable, sino que es un problema social, en tanto que es la ley, y por

---

<sup>51</sup> GALLEGO RIESTRA, S. *"El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una realidad legal"*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág 116.



ende, la sociedad, la que en muchos casos obstaculiza la posibilidad de participar en la vida social a este grupo de personas.

La necesidad de una reforma del ordenamiento jurídico que se adapte al Convenio de la ONU tiene su base en derechos fundamentales, concretamente en la dignidad de todo ser humano. Consiste en progresar hacia un orden global transformado, pacífico y justo (es el objetivo de los derechos humanos), es decir, mejorar de manera significativa como especie humana, luchando por la no discriminación e igualdad de oportunidades de las personas excluidas. Por ello, el Defensor del Pueblo español, el CERMI (Comité español de representantes de personas con discapacidad) y el encargado del control de aplicación del convenio de 2006, el comité de la ONU, examinan periódicamente la aplicación de este convenio por cada País, llevando a cabo exámenes y observaciones<sup>52</sup>.

El objetivo de la Convención, y, por ende, de las propuestas y soluciones que vamos a abordar, no es otro, que el reconocimiento de las decisiones que las personas con discapacidad lleven a cabo sobre su propia vida. Se ha de modificar el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento Civil, de manera que se derogue el modelo actual, basado en la suplencia del discapacitado a la hora de tomar sus decisiones, para pasar a un modelo de apoyo basado en los derechos humanos, donde las decisiones que se tomen no se den únicamente en base al interés superior del discapacitado, sino en base a su voluntad y preferencia.

Para conseguir tal objetivo, y tras la exigencia del Comité internacional llevada a cabo en 2011, final y recientemente se elaboró un anteproyecto de ley, que fue publicado el 26 de septiembre de 2018. A pesar de ello, la ausencia de las necesarias reformas, hizo que el citado comité volviese a expresar en sus observaciones finales de un nuevo examen a España, el 9 de abril de 2019, la exigencia de que el anteproyecto saliera a la luz, cosa que aún sigue sin consolidarse.

A pesar de la tardanza y de la espera por parte de los órganos internacionales y doctrina civilista, es posible que el anteproyecto salga a la luz inminentemente, ya que existe un consenso político respecto al anteproyecto redactado por numerosos juristas<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> ALONSO PARREÑO, M. (2019). *La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad*. Blog de la Fundación Hay Derecho. <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/>.

<sup>53</sup> Consenso político: El texto (dirigido por Antonio Pau) se gestó durante el mandato del partido Popular, pero el actual gobierno tiene intención de aprobarlo, ya que en abril del pasado año se emitió un dictamen favorable del Consejo de Estado.



El anteproyecto de ley modifica más de 150 artículos de nuestro Código Civil, tocando, por tanto, todos los sectores de nuestro derecho común. En este caso, vamos a hacer referencia únicamente a uno de los sectores más afectados, que junto con el Derecho de contratos y el de responsabilidad civil, es el Derecho sucesorio<sup>54</sup>.

Antes de adentrarme en las reformas que el anteproyecto prevé en el ámbito sucesorio, cabe destacar, la intención del anteproyecto de suprimir el proceso de incapacitación (capacidad modificada judicialmente), con el fin de conseguir un sistema donde no prime la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones, sino las preferencias y voluntad de las personas discapacitadas, para que ellas se encarguen de tomar sus propias decisiones.

Ahora sí, a continuación, se expresan las técnicas de protección jurídico-sucesoria que el anteproyecto de ley pretende introducir en nuestro derecho común, entre las que destaca un tema que a lo largo de la historia contemporánea ha llevado a numerosos conflictos judiciales, y críticas por gran parte de la doctrina. Se trata de unas nuevas reglas en lo relativo a la capacidad de testar:

### **5.1. Prohibición de testar en ausencia de discernimiento**

A pesar del mantenimiento del artículo 662 CC, por el que puede testar quien no se lo haya prohibido la ley, se modifica el artículo 663.2 CC, eliminando la prohibición de testar a quien no se halle en su cabal juicio y sustituyéndolo por la prohibición de testar *“a la persona que en el momento del otorgamiento del testamento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello”*. De este modo, no se admite una inhabilitación judicial ex ante para testar, sino que la capacidad de una persona debe valorarse, normalmente por el notario o facultativos que el mismo designe, en el momento

---

<sup>54</sup> Al igual que el anteproyecto de ley, existe una Asociación nacional de Profesores de Derecho civil (APDC), dirigida por Rodrigo BERCOVITZ, y que ha llevado a cabo una propuesta de Código Civil, que puede servir como gran referencia para el poder legislativo. Por ello en cada medida hago referencia normativa a esa propuesta, la cual coincide en muchos casos con el anteproyecto de ley.



en que la persona con discapacidad tenga que testar<sup>55</sup>. El Tribunal Supremo, ya ha seguido esta corriente en algunas de sus sentencias actuales, intentando interpretar la normativa actual en base a la Convención de Nueva York<sup>56</sup>.

En correlación con lo anterior, el proyectado artículo 665 CC expresa que *“si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundamentamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designara dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”*<sup>57</sup>. Con éste artículo se plasma claramente que cualquier persona puede ejercer la capacidad para testar, siendo la figura del notario, entendida como un apoyo para que el testador ejerza su capacidad correctamente, ya que se encargará del asesoramiento necesario que ayude a la persona discapacitada a eliminar los obstáculos de comprensión que pudieran existir, lo que puede reflejar claramente la exigencia del artículo 12.3 del Convenio de la ONU al establecer que *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*<sup>58</sup>. Este mecanismo de protección favorece mucho la utilización de testamentos revocatorios, ya que es muy habitual que una persona, que otorga un testamento, más tarde pierda sus capacidades cognitivas o volitivas, pero tenga claro su voluntad de revocar el testamento que hizo en su día. En tal caso, la persona incapacitada judicialmente podría ser privada para tal ejercicio, cosa que se intenta evitar con este nuevo modelo.

---

<sup>55</sup> GARCÍA RUBIO, M. *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad*. Revista de Derecho Civil. Vol. 5, Nº. 3. Año 2018. págs. 175

<sup>56</sup>Vid, STS 146/2018, (RJ/2018/1090).

<sup>57</sup> La Asociación de profesores de Derecho Civil coincide con esta propuesta. Así lo expone en sus artículos 462 y ss. de la propuesta de código civil, donde establecen que 3. *“El testamento hecho antes de perder la capacidad de testar es válido”* 4. *“Aunque la capacidad de una persona haya quedado modificada, puede otorgar testamento abierto cuando respondan de su capacidad dos facultativos designados por el notario, que previamente la hayan reconocido.”* 5. *“Para apreciar la capacidad del testador se atiende únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.”*

<sup>58</sup> La Observación General de 2014 recuerda que *“el apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada.”*



## **5.2. Admisión del testamento abierto y cerrado.**

Por otra parte, y siguiendo con el ámbito testamentario, el proyectado artículo 695 CC, establece la admisión de un testamento abierto donde *“el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano”*, y que *“si el testador tiene dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de sus contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”*. A pesar de que la gran mayoría de preceptos del anteproyecto de ley se dirigen a personas con discapacidades cognitivas o en lo relativo a la toma de decisiones, este precepto hace alusión a discapacitados de índole sensorial (principalmente en lo que afecta a la vista y el oído).

De la misma manera, tiene también importancia respecto a la discapacidad sensorial, las modificaciones en materia de testigos en el testamento abierto, y la capacidad para otorgar un testamento cerrado, ya que en ambas situaciones se dan innovaciones que reivindican el bienestar con el vigente artículo 697 CC, que exige la existencia de testigos a la hora de realizar un testamento abierto de personas sin vista o sin audición, lo que supone una limitación para este tipo de personas. Por ello, la comisión general de codificación proyecta eliminar esa necesidad de los testigos en esos casos, estableciendo el apoyo que el nuevo artículo 695 CC les ofrece, asegurando así mediante el documento notarial, la voluntad real de la persona con discapacidad<sup>59</sup>.

Respecto al testamento cerrado, aunque en la práctica es inusual, siempre ha sido una restricción para personas con discapacidades sensoriales, ya que se caracteriza por el secreto del contenido, de forma que se puedan evitar fraudes. Por tanto, se puede hablar discriminación a la hora de utilizar este tipo de testamento por parte de ciertas personas con discapacidad, por lo que la Comisión General de codificación modifica el artículo 706.3 CC, dando la posibilidad de llevar a cabo este tipo de testamento a través de un soporte electrónico, en el que se requiera una firma electrónica a la que pueden también acceder las personas con las dificultades indicadas anteriormente. Además, con el artículo 708 CC,

---

<sup>59</sup> GARCÍA RUBIO, M. *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad*. Revista de Derecho Civil. Vol. 5, N° 3. Año 2018. Pág. 178



se abole la negativa a que una persona ciega otorgue un testamento, introduciendo una previsión que establece que *“las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este código”*. De igual modo, se introduce un párrafo final al artículo 709 CC, que establece: *“las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la prestación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que le permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por él”*. Sin duda alguna, ambas novedades, protegen a la perfección el ejercicio de los derechos de estas personas.

### **5.3. Incapacidad para suceder**

Dejando a un lado los mecanismos de protección de las personas discapacitadas desde un punto de vista sensorial, y siguiendo con los mecanismos de protección mayoritarios, que son los dirigidos a discapacidades con carácter cognoscitivo y volitivo, se dan diferentes modificaciones en sede de incapacidad relativa para suceder, que atañen a las personas que sirvieron como apoyo para el causante. Se sabe de la existencia de una multitud de personas mayores o discapacitadas, que requieren cuidados de otras personas, y que, llegado el momento de testar, se encuentran en una situación desvalida frente a esas personas que les han cuidado, y que, en muchos casos, intentan aprovecharse de la situación. De esta manera el anteproyecto, introduce a través del artículo 753 CC, un caso de incapacidad relativa para suceder, que es la del curador representativo del testador, a excepción de que el testamento se otorgue tras la extinción de la curatela, ya que, en ese caso se entiende que no se amenaza la voluntad del causante<sup>60</sup>.

También se establece como incapaces para suceder a aquellas personas que se encuentran internadas por circunstancias de salud, a *“quien sea titular, administrador o empleado del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos”*. Cabe decir que,

---

<sup>60</sup> GARCÍA RUBIO, M. *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad*. Revista de Derecho Civil. Vol. 5, N° 3. Año 2018. págs. 179.



cuando se trata de personas físicas, al existir un riesgo de influencia en su voluntad por partes de personas cercanas, se ha seguido la línea del derecho catalán, que establece que el testamento a cabo a través de testamento abierto, para que el notario puede valorar la ausencia o no de influencias sobre el testador<sup>61</sup>.

#### **5.4. Eliminación de la sustitución ejemplar.**

Por otro lado, otra modificación del anteproyecto es la eliminación del artículo 776 CC. Esta elección es bastante discutida y da lugar a diferentes posturas, ya que, eliminando ese artículo, se abole la sustitución ejemplar, y por tanto aquel mayor de 14 años tendrá la capacidad de hacer testamento con los apoyos que requiera, y de ningún modo obedece a que la persona que da el apoyo sustituya al testador, ya que, del mismo modo, esto vulneraría el carácter personalísimo del testamento – art-670 CC-. Se discrepa en si el carácter personalismo del testamento podría o debería revisarse en casos excepcionales en los que la personas que otorga el testamento no cumple con el artículo 665 CC, o incluso cuando cumpliendo con las exigencias de ese artículo y otorgando un testamento totalmente aceptable, llega el momento en el que es incapacitado, y, por ende, limita la revocación del testamento, aunque tenga clara su intención. En caso de que cupiera la limitación del carácter personalísimo del testamento, no sería descabellado posibilitar que una persona teste por otra, o con la ayuda de otra en el caso de los ascendientes de personas con discapacidad, que es lo que establece el actual artículo 776 CC, con la sustitución ejemplar<sup>62 63</sup>.

---

<sup>61</sup> La asociación de profesores de Derecho civil coincide con esta propuesta, en sus artículo 461 y ss.

<sup>62</sup> La consideración de que la sustitución ejemplar supone «testar por otro» queda más clara una vez asumida la llamada «tesis amplia o extensa» por el Tribunal Supremo (STS 14 de abril 2011, RJ 2011/2753)), y seguida por la Dirección General de Registros y Notariado; entre las últimas, la RDGRN de 10 de mayo de 2018, (RJ, 2018/2484) que directamente dice que «el ascendiente otorga testamento en representación del sustituido».

<sup>63</sup> En este caso, la propuesta de la APDC no elimina la sustitución ejemplar, como así lo expresa en el art.465-50 de la propuesta.



## **5.5. Sistema de legítimas.**

Por último, el anteproyecto de ley también aborda uno de los ámbitos más criticados dentro de nuestro derecho común, que es el sistema de legítimas. El 808 CC permite gravar la legítima con el fin de beneficiar a descendientes con discapacidad, pero sigue sin modificar el sistema de legítimas basado en el principio de intangibilidad de estas.

En artículo proyectado suprime el tercer párrafo, y se además dos nuevos párrafos. A continuación, adjunto la redacción de este, como mejor manera de analizarlo.

*«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición.*

*Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. (Añadido por el anteproyecto)*

*Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.».* (Añadido por el anteproyecto)

Respecto a este ámbito se dan muchas posiciones y soluciones. Al igual que parte de la doctrina civilista, coincido en que este artículo puede dar lugar a numerosos pleitos y problemas entre familias, ya que, aunque el objeto de la Convención y del anteproyecto sea proteger al discapacitado, no se puede discriminar tan altamente al resto de coherederos. Con la redacción anterior, se permite que cuando un padre piense o crea que uno de sus hijos padece dificultades físicas o mentales que le impidan autogobernarse, puede otorgarse la totalidad de la herencia a ese hijo hasta que éste muera, que entonces



pasaría al patrimonio de los coherederos. El patrimonio no puede ser donado, pero si enajenando onerosamente.

A parte del problema del sistema de legítimas, al que haré referencia en las conclusiones finales, me baso principalmente en los problemas que esos dos nuevos párrafos pueden traer a colación<sup>64</sup>:

- Cuando el artículo 808 CC establece que, según la opinión del padre, el hijo no pueda autogobernarse por sí mismo, se trata de una cuestión que realmente no se sabe si podría abordar a personas en sillas de ruedas, ciegos, personas con ictus, alcohólicos..., ya que no se expresa de manera concisa a quien se refiere, ni se expresa una necesaria prueba médica que acredite tan situación.
- Si nos ponemos en el caso de una gran herencia, donde el patrimonio y capital es de gran calibre, ¿cuánto tiempo y coste conllevaría llevar un pleito familiar?, con todos los problemas que eso supone, al haber dejado sin legítima a los coherederos, solo por la opinión del ascendiente.
- No que queda claro si cuando se vulnera la legítima estricta de los coherederos, el testador ha de haber distribuido el resto de los tercios de la herencia en la persona discapacitada, o si se pueden llevar a cabo legados a personas no legitimarias, y aun así privar de la legítima estricta a quien le corresponde. El artículo no lo prohíbe, aunque pueda acarrear diversos problemas, y a su vez aparente gran injusticia.
- Como se ha dicho, antes, esta figura permite la venta del patrimonio, e incluso el gasto del capital heredado, por lo que no es de extrañar que los coherederos no estén de acuerdo con la administración de los bienes que forman parte de su legítima, ya que esto podría desencadenar que, cuando el discapacitado fallezca, cueste identificar los bienes y el capital.

---

<sup>64</sup> MORCILLO MORENO, J (coord.). *“Discapacidad intelectual y capacidad de obrar”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág.48.



Son algunos de los problemas que puede causar el sistema actual de legítimas, así como el sistema proyectado, que no soluciona mucho más en ese ámbito<sup>65</sup>.

## **6. CONCLUSIONES.**

Finalmente, tras el reconocimiento de la importancia que tiene proteger jurídicamente a este sector tan numeroso de la sociedad, y a pesar del esfuerzo que realizan las diferentes fuentes normativas por asegurar un mejor futuro de las personas discapacitadas mediante los diferentes mecanismos de protección sucesoria descritos antes; por desgracia, esas fuentes no llegan a sus últimas consecuencias, ya que se sigue topando con el rígido sistema de legítimas que está en vigor en nuestro derecho común, y que en muchos casos, permite una discriminación para éstas personas que no gozan de las mismas oportunidades en la sociedad. No se llega a conseguir la plena libertad de testar en favor de esas personas, por lo que se puede deducir la falta de valentía de los legisladores, sean del tinte político que fueren, de no haber seguido las líneas del Derecho romano, donde a pesar de que existían limitaciones, con carácter general los padres tenían la libertad de otorgar sus bienes como quisieran, y era entonces la excepción, la reserva de una parte denominada legítima.

El actual sistema legitimario de Derecho común prevalece, salvo pequeñas reformas, desde el año 1889 que se promulgó el Código Civil, y donde las circunstancias sociales y familiares, no eran ni por asomo las mismas que hoy en día. Desde luego, en esos años, donde las familias eran extensas, y donde gran parte de los hijos se dedicaban a ayudar y continuar las labores profesionales de sus ascendientes, sería de gran ayuda jurídica el presente sistema, que les garantizaría heredar aquello por lo que, en muchos casos, habían estado trabajando durante su vida, pero actualmente, en una sociedad generalmente longeva, con familias no extensas, donde predominan diversos tipos de familia, puede ser entendido como un seguro que tienen esos descendientes frente a la herencia, con independencia del comportamiento que lleven a cabo, y de la voluntad real de sus padres.

---

<sup>65</sup> Respecto a al sistema de legítimas, la APDC establece algunas modificaciones en los artículo 467 y ss., sin coincidir completamente con el texto del anteproyecto.



De este modo, desde muchos sectores, y en lo que me compete con este trabajo fin de grado, se reivindica una reforma más ambiciosa de proteger a las personas discapacitadas, donde el derecho común cambie su rígido sistema de legítimas para aproximarse más a los derechos forales o europeos, dando más flexibilidad al sistema que está en vigor. Esto se justifica en las grandes problemáticas familiares y judiciales que el sistema actual puede producir, y que en algunos casos se han analizado anteriormente.

Este cambio no solamente se reclama desde el ámbito de la discapacidad, ya que el sistema vigente produce una limitación a la hora de testar en todos los ámbitos, pero es cierto que cuando existen personas discapacitadas el problema es mayor, ya que, con carácter general, los padres con hijos discapacitados suelen querer compensar la desventaja que los hijos discapacitados tienen respecto a sus hermanos<sup>66</sup>, ya que las necesidades económicas de las personas con discapacidad son claramente mayores.

A pesar de que, parte de la doctrina defiende que la eliminación de la legítima daría lugar a una desprotección de toda una familia, la realidad práctica no es esa, ya que desde los Derechos forales existen diferentes sistemas legitimarios que podrían ayudar a concretar el sistema sucesorio de derecho común, y que garantizan actualmente la eliminación de numerosos conflictos familiares, ya sea el de Aragón, donde la legítima es en beneficio de los descendientes, pero el testador tiene discrecionalidad a la hora de la distribución; o el de Navarra, donde no existen tipos de legítimas, y, por tanto, no se da pie a esos problemas familiares; o el derecho Catalán o Alemán, con un sistema de cuota de valor limitada, o el derecho inglés, basado en un sistema de alimentos en favor de los hijos y el cónyuge.

Desde mi opinión estrictamente personal, el sistema de legítimas debería ser eliminado totalmente, ya que se trata de un mecanismo jurídico que actualmente no cumple la función social para la que se creó. A pesar de lo anterior, comparto la idea de flexibilización del sistema, siempre y cuando, éste garantice una mayor porción de la herencia para las personas con discapacidad. Llevar a cabo una partición proporcional y exigida por ley, no creo que pueda otorgar a personas con características diferenciadoras, como es el caso, una distribución y protección justa y efectiva en el ámbito hereditario. Por tanto, se estaría dando cabida a una desprotección jurídica, que trae a colación numerosos conflictos

---

<sup>66</sup> Según el testimonio de muchos notarios, la mayoría de los padres con hijos discapacitados, expresan lo siguiente: “los demás hijos pueden buscarse la vida por sí mismos, mientras que mi otro hijo necesita mayormente heredar”



familiares, y que, en ocasiones, dejan grandes situaciones de desigualdad para las personas con discapacidad.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. *Capacidad. Novedades en materia de incapacitación*. Máster en actualización jurídica para notarios. Universidad de Castilla la Mancha y el Centro de Estudios de Consumo. Curso 2018/2019.
- ALBADALEJO GARCIA, MANUEL. *Derecho civil. Tomo Introducción y parte general*. 18ª Ed. Edisofer. Madrid, 2009.
- ALVAREZ GARCÍA, HÉCTOR. *La tutela constitucional de las personas con discapacidad*. UNED. Revista de Derecho Político N.º 100, 2017.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL. *Derecho Civil: Introducción, Fuentes, Derecho de la Persona, Derecho subjetivo, Derecho de Propiedad*. 5ª Ed. Tecnos. Madrid, 2016.
- DIEZ PICAZO y GULLON. A. *Sistema de derecho civil*. 10ª ed. Tecnos. Madrid, 2006.
- DÍAZ ALABART, SILVIA (coordinadora). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Ed. PyCHyAsociados. Madrid, 2004.
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO. *Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación*. Revista de Derecho UNED, Nº9, 2011.
- GONZALEZ CARRASCO M.ª Del CARMEN. Módulo III: *La discapacidad desde las perspectivas civil, penal y fiscal*. Título II. *La protección de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio*. Máster en Aspectos jurídicos y Gestión



en Materia de Discapacidad. Universidad de Castilla la Mancha. IV Edición. Curso 2016/2017.

- GARCÍA HERRERA, VANESSA. *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*. Ed Dykinson. Madrid, 2018.
- GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. *Capacidad jurídica y capacidad de obrar, en Los discapacitados, su protección jurídica*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1999.
- GALLEGO RUESTRA, SERGIO. "El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una realidad legal". Ed. Aranzadi. Pamplona, 2009.
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> PAZ. *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad*. Revista de Derecho Civil. Vol. 5, N<sup>o</sup>. 3. 2018.
- MORCILLO MORENO, JUANA (coord.). "Discapacidad intelectual y capacidad de obrar". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.
- MARÍN CALERO, CARLOS. *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Ed. Aranzadi. Madrid, 2015.
- MORALES FERRER, SALVADOR. *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*. Dirigidas por Luz María Martínez Velencoso y Raquel Guillén Catalán. Tesis doctoral Universidad de Valencia; Departamento de D<sup>o</sup> Civil. Año 2012.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ CARMEN. *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Ed Aranzadi. Pamplona, 2015.
- MANZANO FERNANDEZ, MARÍA DEL MAR. "Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria", Revista Critica de Derecho inmobiliario. n<sup>o</sup> 742. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Año 2014.
- REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS. *La familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.



- PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, *La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?* Ed. Wolters Kluwer. Madrid, 2007.
- SERRANO GARCIA IGNACIO y CANDAU PÉREZ ALFONSO (coordinadores). *Protección jurídica de la persona con discapacidad.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- VIEIRA MORANTE, FRANCISCO JAVIER. *jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad.* Derecho Privado y Constitución. Fundación Dialnet. 2016.

#### **WEBGRAFÍA.**

- AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, CRISTINA. *Diferencia entre capacidad e incapacidad.* Blogs de educación especializada. 2017: <https://www.fundacionquerer.org/2017/06/01/diferencia-entre-incapacidad-y-discapacidad/>.
- LÓPEZ NAVARRO JORGE. *Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado.* Artículo del blog de notarios y registradores. Charla en el Colegio Notarial de Valencia. 2004.: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/INCAPACITADO-SUCESIONES.htm>
- ALONSO PARREÑO, M.<sup>a</sup> JOSÉ. *La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad.* Blog de la Fundación Hay Derecho. 2019 : <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/>.
- RASTROLLO RIPOLLÉS, ALEJANDRO. *Sinopsis artículo 49.* 2017: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=49&tipo=2>
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Código de discapacidad.* Boletín oficial del Estado. 2015: <https://aspace.org/assets/uploads/publicaciones/CodigoDisc.pdf>



- España. *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (Internet). Boletín oficial del Estado. Consultado el 4 de mayo de 2020. Preámbulo (III), 5º párrafo. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. (Consultado el día 29 de abril de 2020). <https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=1792&capsel=1803>.
- WEB OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. (Consultado el día 29 de abril de 2020). <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es>

## 8. APÉNDICE LEGISLATIVO<sup>67</sup>

### 8.1. General

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Real Decreto Legislativo 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.

### 8.2. Específico

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 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.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

---

<sup>67</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Código de discapacidad. Boletín oficial del Estado 2015: <https://aspace.org/assets/uploads/publicaciones/CodigoDisc.pdf>



- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil
- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.