

# Sustitución del término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección. ¿Acierto o desacuerdo del legislador de la Ley Orgánica 1/2015?

*The replacement of the term disabled by person with disabilities in need of special protection. ¿Correction or mistake by the legislator of the Organic Law 1/2015?*

por

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA  
Doctor Internacional en Derecho Civil por la Universidad de Sevilla

**RESUMEN:** Recientemente el Gobierno español aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, entre cuyas novedades se encuentra la sustitución del término procedimiento de incapacitación por el de procedimiento de modificación de la capacidad, y el término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de especial protección. En cuanto a esta segunda definición me planteo si no habrá sido un error por parte del legislador el haber incluido en el nuevo término el concepto de persona con discapacidad. Debido a ello hoy pueden surgir en nuestra sociedad las siguientes

cuestiones: ¿Qué sucederá entonces con aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley estuviesen incapacitadas judicialmente pero no ostentasen la condición de persona con discapacidad? ¿Necesitará en el futuro una persona para acudir al procedimiento de modificación de la capacidad haber obtenido previamente la resolución administrativa de persona con discapacidad? Y lo que es más importante aún, ¿a favor de qué incapacitados judicialmente se podrá constituir ahora la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que permite la Ley 41/2003, de 18 de noviembre?

*ABSTRACT: Recently the Spanish Government approved the Organic Law 1/2015, of March 30th, reforming the Penal Code, being one of its innovations the replacement of the term disability procedure by the term procedure for capacity modification, and the term incapable by disabled person in need of special protection. Regarding this second definition I ask myself if it wasn't a mistake by the legislator having included in the new term the concept of person with disability. Because of this today may appear in our society the following questions: what will happen with those by which, before the application of this new law, were judicially disabled and didn't hold the condition of person with disabilities? Will a person need, in the future, to address the procedure for capacity modification, to have had a previous administrative resolution of person with disability? It occurs to me that to solve this judicial problem in which the legislator, once again, got us into, we will have to take the civil way and put on the same level once and for all, automatically, the ruling on incapacitation and the administrative resolution that recognizes the condition of person with disabilities. And what's more important, in favor of those whom it will be possible to constitute how judicially disabled with Law 41/2003, of 18 de november?*

**PALABRAS CLAVES:** Convención Naciones Unidas. Artículo 12. Ley Orgánica 1/2015. Procedimiento de incapacitación. Discapacidad.

**KEY WORDS:** United Nations Convention. Article 12. Organic Law 1/2015. Incapacitation procedure. Disability.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. LA SUSTITUCIÓN DEL TÍTULO DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y DEL TÉRMINO INCAPACITADO EN LA RECENTE LEY ORGÁNICA 1/2015 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.—IV. LA GRAVE PROBLEMÁTICA DE LOS INCAPACITADOS Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE EL

## TERCIO DE LEGÍTIMA ESTRICTA QUE SE PUEDE ESTABLECER A SU FAVOR.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

### I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención), es sin lugar a dudas la norma jurídica más importante jamás aprobada a nivel mundial a favor de las personas con discapacidad, como queda reflejado en los principios que la componen, que son el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas.

La Convención fue el resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores, como Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las de personas con discapacidad y sus familias, y muy señaladamente las españolas<sup>1</sup>.

Desde su ratificación por España el 23 de noviembre de 2007<sup>2</sup>, la Convención pasó a formar parte a todos los efectos de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española, y en el artículo 1.5 del Código Civil, quedando por tanto obligado el Estado español a adaptar o modificar una serie de leyes relacionadas con el ámbito de la discapacidad hasta que la Convención quede implementada cien por cien a nuestro sistema.

Prueba de ello fue la aprobación del *Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*, con idea de implementar el artículo 29 de la Convención<sup>3</sup>; o la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, mediante la cual se modifican una serie de Leyes en la misma línea.

Precisamente, en su Disposición Final segunda, la Ley 26/2011 recogía un mandato que obligaba al Gobierno a refundir ciertas leyes sobre discapacidad<sup>4</sup>, lo cual se acabó llevando a cabo mediante la publicación del *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*.

Aunque hay que reconocer el esfuerzo legislativo que en los últimos años está haciendo el Gobierno español para adaptar la Convención, también lo es que la reforma legislativa más esperada por los organismos relacionados con el

mundo de la discapacidad sigue sin producirse. Me refiero, como no, a la aprobación del proyecto de ley de adaptación del artículo 12 de la Convención, para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica (incluyéndose en esta tanto la capacidad jurídica española como la de obrar) en igualdad de condiciones con el resto de personas. O dicho de otra forma, que se implemente el artículo de la Convención que exige que las personas con discapacidad sean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten, sin que ello conlleve la privación total de su capacidad de obrar.

Por mi parte entiendo que la Convención mediante su artículo 12 lo que pretende es que dejemos de plantearnos hasta qué grado necesita una persona que se modifique su capacidad de obrar para realizar una vida plena en nuestra sociedad, y comencemos a verlo desde el punto de vista de que la persona con discapacidad lo que necesita son apoyos, no modificaciones en su capacidad de obrar. De ahí que la verdadera cuestión que la Convención pretende que se planteen los Estados Parte tras adaptar su artículo 12 sea la siguiente, ¿qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa persona con discapacidad para desarrollar su vida con total normalidad e igualdad con el resto de personas?

## II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El artículo 12 es el de mayor importancia de todos los que componen la Convención, dado que en él se regula el hecho de que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas.

Y dentro de los cinco apartados que lo conforman, he de destacar el tercero y el cuarto por ser los que establecen que los Estados Parte, deberán adoptar todas las medidas necesarias para facilitar a las personas con discapacidad el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica.

Podemos llegar a la conclusión de que el artículo 12 de la Convención dio problemas desde su propia redacción. Y es que el tema de la capacidad jurídica a la que hace referencia suscitó grandes discusiones entre los Estados firmantes, llegándose incluso en algún momento a temer por la ruptura de la adopción del texto final de la Convención.

La dificultad se centraba en la distinción, ya clásica por otra parte, de capacidad jurídica y capacidad de obrar, ya que mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar<sup>5</sup>, prevaleciendo finalmente esta última opción.

De ahí que la *capacidad jurídica* a la que hace referencia la Convención englobe tanto el concepto de capacidad jurídica de nuestro sistema como el de capacidad de obrar.

En el Derecho español se entiende por *capacidad jurídica* la aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; mientras que por *capacidad de obrar* se entiende la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica.

El resultado de la redacción del definitivo artículo 12 de la Convención, como mínimo, podemos calificarlo de complejo y excesivamente largo. GARCÍA CANTERO<sup>6</sup> lo considera como uno de los preceptos más extensos, complejos, con alguna frecuencia difuso, en exceso quizás casuístico y hasta de los de más oscura y confusa redacción de la Convención.

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando hablamos de apoyo o asistencia en la capacidad de obrar de las personas hacemos referencia al procedimiento de incapacitación, título que por parte de nuestra doctrina más cualificada, coincide con la mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad en la necesidad de sustituir el actual título por otro más acorde al espíritu de la Convención, y parece ser que el Gobierno español por fin les ha escuchado.

### III. LA SUSTITUCIÓN DEL TÍTULO DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y DEL TÉRMINO INCAPACITADO EN LA RECENTE LEY ORGÁNICA 1/2015 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Por mi parte siempre he defendido la necesidad de otro título del procedimiento de incapacitación, que anuncie a las personas que van a iniciarla (o a sus familiares) que una vez obtengan la sentencia correspondiente podrán ser considerados frente a la sociedad como una persona que necesita el apoyo de otra para realizar ciertas actividades (como al fin y al cabo nos sucede a todos en algún ámbito de la vida, o nos sucederá), dejando por fin atrás el estigma que conllevaba el hecho de que se dictase a favor de alguien una sentencia de incapacitación, momento en el cual esa persona dejaba de ser capaz frente a la sociedad (incapaz).

En este sentido el Gobierno español al año siguiente de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, a través de la Ley 1/2009, de 25 de marzo<sup>7</sup>, concretamente mediante su Disposición Final Primera, se obligaba a «*remitir a las Cortes Generales en el plazo máximo de seis meses un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a*

*denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención».*

Como nos tiene acostumbrado nuestro legislador en los últimos tiempos, la Disposición Final Primera únicamente sirvió para reflejar las buenas intenciones de este, si bien el contenido de la misma jamás se llevó a efecto.

Cuatro años después, concretamente el 5 de julio de 2010, ve la luz en la página web del Consejo General del Poder Judicial español, el «*Documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente*», en el cual se dirigen al procedimiento de incapacitación como «modificación judicial de la capacidad», y al incapacitado como «persona con capacidad modificada judicialmente».

Sin embargo, lo cierto es que dicho documento expresa solo unas líneas generales a desarrollar, a modo de borrador de anteproyecto de ley, por lo que no se le puede conceder importancia práctica alguna más allá de mencionarla.

El verdadero paso al frente en cuanto a la sustitución de los términos «procedimiento de incapacitación» e «incapacitado» se ha producido muy recientemente mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>8</sup>, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que entrará en vigor a partir del próximo 1 de julio del presente año.

A partir de dicha fecha, en nuestro Código Penal se hará referencia al incapacitado como «persona con discapacidad necesitada de una especial protección»<sup>9</sup>, y al procedimiento de incapacitación como «procedimiento de modificación de la capacidad»<sup>10</sup>.

Dicho lo cual, lo cierto es que hasta el 1 de julio el título del procedimiento seguirá siendo el mismo en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que nos referimos a este en el resto del trabajo como procedimiento de incapacitación.

Pero llegados a este momento hemos de cuestionarnos, ¿acertó el legislador al elegir como término sustitutorio del de incapacitado, el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección?

En el apartado quince de su artículo único, recoge la referida Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que «*A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

*Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad*

*que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».*

¡Ojo! Habla la nueva ley siempre de persona con discapacidad como beneficiaria, con las consecuencias que ello puede suponer, tal vez no desde el ámbito penal, pero sí si extrapolamos el nuevo concepto al ámbito civil, tal y como expondremos a continuación.

De dicho artículo se desprende que la prioridad del legislador ha sido ampliar la protección del Código Penal no solo a las personas que ostentasen la condición de incapacitadas, ya que dice *que tenga o no modificada su capacidad de obrar*, sino que pretende incluir en el nuevo término a todas las personas con discapacidad intelectual o mental en general, aún sin haber sido incapacitadas.

Sin duda, intención loable la del legislador de proteger a todas las personas con discapacidad, pero particularmente considero que debido a la redacción dada en la nueva ley podemos encontrarnos con un vacío legal de importantes consecuencias jurídicas. Y es que, particularmente se me ocurren las siguientes preguntas: ¿Qué sucederá con las personas que teniendo reconocida judicialmente su incapacidad con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, no tengan en cambio acreditada ninguna discapacidad? ¿Conllevará la nueva definición dada por el legislador a que todas las personas que intenten ser incapacitadas deberán haber pasado antes por un procedimiento administrativo que le reconozca la condición de persona con discapacidad? La respuesta a ambas preguntas parece muy clara, por incoherente que resulte, y es la siguiente: Sí.

Y es que, en base a la literalidad del artículo mencionado, estas personas quedarían en un limbo jurídico en el nuevo Código Penal, aún estando legalmente incapacitados, por lo que considero que necesitarían iniciar, (insisto, por absurdo que parezca) el reconocimiento administrativo de persona con discapacidad, ya que así lo exige literalmente la Ley 1/2015.

Por mi parte, considero que una de las posibles soluciones que pueden darse a los importantes problemas jurídicos que venimos planteando sería la de acudir a la vía civil con la intención de equiparar la sentencia de incapacitación a la resolución administrativa que otorga la condición de persona con discapacidad. ¿Pero cómo? Pues a través del contenido de la Ley 41/2003<sup>11</sup>, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en adelante LPPD.

La LPPD introduce en nuestro Código Civil una de las reformas más importantes llevadas a cabo en los últimos tiempos, como refleja, entre otras cuestiones, el hecho de que añada al propio Código Civil una nueva Disposición Adicional, la cuarta, que se suma a las tres existentes desde su promulgación en 1.889, y la cual supuso la introducción en nuestro sistema civil por primera vez del término «discapacidad».

En referencia a la importancia de la reforma llevada a cabo por la LPPD en nuestro Código Civil expone GONZÁLEZ PORRAS<sup>12</sup> que: «*es a mi juicio, una de las más importantes, si no la de mayor calado entre las que han reformado el articulado de nuestro Código Civil, y diré que pienso que es así porque afecta de manera directa a los tres pilares fundamentales del “Sistema”, que son “la persona física” y además la persona física discapacitada, primer elemento sobre el que se apoya el Derecho civil (recordemos la sabia y luminosa advertencia de GAYO en sus Instituciones cuando nos recuerda que “Omne ius quo utimur vel ad personas, vel ad res, vela c actiones pertinet”); “La familia” como dimensión básica de la personalidad y célula fundamental de la sociedad de la que CICERÓN dijo que era “principium urbis et quasi seminarium reipublicae” y el “patrimonio” como factor necesario para su desarrollo».*

Recoge la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de nuestro Código Civil: «*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 y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad».*

Establece el artículo 2.3 de la LPPD que: «*Personas con discapacidad son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento, grado de minusvalía que se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».*

Observando la definición de persona con discapacidad dada por la LPPD, que reiteramos, es la válida para nuestro ámbito civil, se llega a la conclusión de que el grado de discapacidad podrá acreditarse de dos formas diferentes:

1. Certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente. Para obtener el certificado de discapacidad han de seguirse los pasos establecidos en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad<sup>13</sup>. Dicho Real Decreto vio modificado su título en su última palabra, minusvalía, introduciéndose la que hoy aparece, discapacidad, mediante el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

En esta norma queda regulado no solo el procedimiento que hay que seguir para que se reconozca el grado de discapacidad, sino también los baremos aplicables así como los órganos competentes para su reconocimiento.

2. Resolución judicial firme. En cuanto a la resolución judicial firme, el legislador no se pronuncia en cuanto a qué resolución judicial se refiere. ¿Qué quiere ello decir?

Una vez estudiado el RD 1971/1999, se aprecia que, si bien no existe intervención del juez en ningún momento del procedimiento, las resoluciones en las que se reconozca el grado de discapacidad podrán ser recurridas, primero en vía administrativa, y, posteriormente, en vía judicial. Sin embargo, la jurisdicción competente para recurrir la resolución administrativa es la social<sup>14</sup>, a diferencia de la jurisdicción a la que se acude cuando se quiere incapacitar a una persona, que es la civil.

Entonces, ¿por qué no hace referencia expresa el artículo 2.3 de la LPPD a que la resolución judicial firme provendrá siempre del orden jurisdiccional social?

¿Por qué reza literalmente en dicho artículo que el grado de discapacidad se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o «*por resolución judicial firme*», sin especificar si la resolución judicial debe ser del orden jurisdiccional social o civil?

En mi opinión, el legislador no fijó en la LPPD exclusivamente la resolución judicial del orden social como única vía para acreditar la discapacidad, por un único motivo: Para que la resolución judicial de incapacitación de la vía civil conlleve también automáticamente el reconocimiento de persona con discapacidad.

De admitirse tal posibilidad, estaríamos afirmando que cualquier persona incapacitada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal, formaría parte de las denominadas «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», aún cuando no tenga la condición de persona con discapacidad reconocida, salvando con ello los problemas que venimos planteando.

¿En qué me baso para otorgar a la sentencia de incapacitación la misma validez que a la resolución administrativa de discapacidad? Principalmente en los siguientes argumentos:

1.º Para que una persona sea incapacitada tiene que padecer una enfermedad mental persistente que le impida gobernarse por sí misma, por lo que una persona que haya sido incapacitada judicialmente por su discapacidad psíquica siempre se encontrará afectada, como mínimo, por el grado del 33% que exige la LPPD para considerarla una persona con discapacidad psíquica.

O dicho de otra forma, toda persona incapacitada judicialmente tendrá como mínimo un grado de discapacidad psíquica del 33%, aunque no lo tenga acreditado mediante resolución administrativa porque jamás lo hubiese intentado.

De ahí que entiendo que no tendría sentido que si ya le han reconocido mediante la sentencia de incapacitación una enfermedad psíquica que le impida gobernarse por sí misma, se le exija por otra parte que inicie un nuevo procedimiento administrativo cuya finalidad es acreditar que sufre una enfermedad psíquica calificada como mínimo del 33%, que es el grado que exige la LPPD para reconocerla persona con discapacidad psíquica.

2.<sup>º</sup> Por otra parte, la falta de equiparación supondría el sin sentido de que las medidas de protección de la LPPD no beneficiasen a la persona incapacitada, sino solo a las personas con discapacidad, lo cual podría llevar a una serie de consecuencias, bajo mi punto de vista, un tanto rocambolescas, como por ejemplo, la defendida por PEREÑA VICENTE<sup>15</sup>, de que los incapacitados no podrán disfrutar del patrimonio protegido que se puede crear a favor de una persona con discapacidad, o a favor de una persona incapacitada judicialmente que sí tenga el grado de discapacidad reconocido administrativamente<sup>16</sup> (arts. del 1 al 8 de la propia LPPD).

Y yo me pregunto, ¿acaso sería lógico que a favor de la persona con discapacidad que ha sido incapacitada judicialmente sí pueda constituirse un patrimonio protegido, y no pueda en cambio constituirse este mismo patrimonio protegido a favor de la persona incapacitada judicialmente que no haya pasado por el procedimiento administrativo para obtener resolución que fije su grado de discapacidad?

Otra de las medidas introducidas por la LPPD a favor de las personas con discapacidad-incapacitadas es el de la nueva causa de indignidad que afecta a los familiares de estas que no le prestaren las atenciones necesarias durante su vida (arts. 10.1 de la LPPD y 756.7 del Código Civil). De ahí que de no otorgársele el mismo alcance a la sentencia de incapacitación que a la resolución administrativa de discapacidad, los familiares de las personas incapacitadas judicialmente que no le hubiesen prestado a esta en vida las atenciones debidas no se verían afectados por las nuevas causas de indignidad sucesoria que sí afectan a los familiares de una persona con discapacidad<sup>17</sup> a la que no tampoco le hubiesen prestado la atención necesaria. ¿Parece esto razonable?

E igualmente creo falso de lógica no entender sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art. 1041.2.<sup>º</sup> del Código Civil), y en cambio que sí quedasen sujetos a colación los gastos realizados a favor del hijo incapacitado por sus padres y ascendientes.

Como último ejemplo de los supuestos introducidos por la LPPD que, en mi opinión, debe favorecer indistintamente a persona con discapacidad e incapacitada, me refiero a la donación o el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de una persona con discapacidad, los cuales no se computarán 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 con discapacidad 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 (art. 822 del Código Civil).

¿Tendría sentido que el derecho al que se refieren los 2 párrafos anteriores no se pueda aplicar igualmente a las personas incapacitadas judicialmente?

Una vez expuesto nuestro pensamiento en cuanto a la conveniencia de equiparar las personas incapacitadas a las personas con discapacidad a fin de que puedan beneficiarse de todas las ventajas introducidas por la LPPD, considero necesario resaltar que no estoy defendiendo al mismo tiempo la situación inversa, es decir, que las personas con discapacidad se vean beneficiadas por la medida de protección que introduce la LPPD a favor de las personas incapacitadas judicialmente, que es la sustitución fideicomisaria que se puede establecer por parte del testador a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado sobre el tercio de legítima estricta, ya que dicha medida protectora única y exclusivamente podrá establecerse por el testador a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y nunca a favor de hijos o descendientes que tengan reconocida una discapacidad, y todo ello debido a las consecuencias jurídicas que dicha figura conlleva, tal y como expondré en el siguiente epígrafe.

3.<sup>º</sup> El último de los motivos en el que me apoyo para apostar por la equiparación automática entre la sentencia de incapacitación y la resolución administrativa de concesión de reconocimiento de persona con discapacidad es precisamente porque esta postura viene defendida no solo por diversos autores<sup>18</sup>, sino también por algunas sentencias de Audiencias Provinciales<sup>19</sup>.

#### IV. LA GRAVE PROBLEMÁTICA DE LOS INCAPACITADOS Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE EL TERCIO DE LEGÍTIMA ESTRICTA QUE SE PUEDE ESTABLECER A SU FAVOR

Expuestos los problemas anteriores que pueden plantearse a raíz de la elección del término «persona con discapacidad necesitada de especial protección» como sustituto del término «incapacitado», debemos destacar ahora otro que, si cabe, puede llegar incluso a alcanzar una mayor relevancia jurídica.

Me refiero a la protección exclusiva a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente (nunca a hijos o descendientes con discapacidad) que la LPPD reconoce mediante el establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la que fiduciario sea el incapacitado, y fideicomisarios el resto de coherederos forzosos. Protección que, reitero, tiene como finalidad poder beneficiar, o mejorar, exclusivamente al incapacitado, conclusión a la que ha de llegar tras el estudio de la Exposición de Motivos de la LPPD, apartado VII, b), en el cual se expone que *«se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso (...) se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado»*.

Así compartimos, la opinión de DIAZ ALABART<sup>20</sup>, con la que coincide la gran mayoría de la doctrina, en cuanto a que la incapacidad debe ser considerada como una «*conditio iuris*» resolutoria e implícita en la institución, sin la cual no puede existir la sustitución fideicomisaria especial.

Pero, ¿por qué exclusivamente hace hincapié el legislador en proteger mediante esta figura a los incapacitados judicialmente, y no a las personas con discapacidad?

Principalmente por el objeto sobre el que recae la institución, es decir, el tercio de legítima estricta. Y más concretamente por la excepción a la intangibilidad de la legítima estricta que dicha institución supone.

Es decir, que en los supuestos en los que el testador establezca una sustitución fideicomisaria sobre toda la herencia, incluido el tercio de legítima estricta, a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, el resto de coherederos forzosos que quedarán instituidos como fideicomisarios, deberán esperar a que llegue el término o se cumpla la condición fijada por el testador para poder disfrutar de su parte de herencia.

Pero la importancia de la figura que venimos comentando va aún más allá, ya que la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD no solo puede conllevar la intangibilidad cuantitativa de la legítima, sino que también, he aquí la novedad incluso histórica, puede suponer su intangibilidad cuantitativa. ¿Pero cómo? Pues siempre y cuando se admita la posibilidad de que el testador tras la LPPD pueda establecer no solo una sustitución fideicomisaria pura u ordinaria, sino también una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta.

Y efectivamente, las consecuencias de admitir o no la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta, podrán llegar a ser de tal calado que se llegue, incluso, a producir la desheredación del resto de fideicomisarios, ya que, en el caso de aceptar tal posibilidad, estaríamos admitiendo la opción de que el fideicomitente concediese al fiduciario la posibilidad de disponer de forma «definitiva» de todos los bienes, o, en particular, de alguno de ellos, que conforman el tercio de legítima estricta.

Es decir, que a través de la sustitución fideicomisaria de residuo el testador autoriza a disponer, total o parcialmente, al fiduciario de los bienes de la herencia de forma que el fideicomisario, llegado el momento, solo recibirá los que queden o los que resten.

Esta doble posibilidad de disposición, total o parcial, existe debido a que el fideicomiso de residuo se divide en dos:

- a) Fideicomiso de *eo quod supererit*, en cuyo caso se entiende que el fiduciario tiene capacidad de disponer solo sobre ciertos bienes, porque algunos otros han de ser transmitidos obligatoriamente a los fideicomisarios, por lo que se entiende que el fiduciario no tendrá la facultad de disponer de todos los bienes fideicomitidos, quedando siempre ciertos bienes a favor de los fideicomisarios.

b) Fideicomiso en *si aliquid supererit*, siendo este el supuesto en el que el fiduciario queda autorizado por el fideicomitente para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos, procediéndose, por ello, a la sustitución a favor del fideicomisario, exclusivamente, en el caso de que, tras el fallecimiento del fiduciario, reste o quede algo o alguno de los bienes fideicomitidos.

Según la doctrina mayoritaria, la sustitución fideicomisaria de residuo tiene cabida en nuestro Derecho<sup>21</sup>, lo cual se desprende de lo expuesto en el último párrafo del artículo 783 del Código Civil que establece que «*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*».

Sin embargo, también la gran mayoría de autores consideran que sí se puede dar el fideicomiso de residuo en nuestro Derecho común, pero no en la sustitución fideicomisaria especial<sup>22</sup>, ya que esto podría implicar la privación definitiva de la legítima estricta del resto de legitimarios-fideicomisarios, vulnerándose, por tanto, al mismo tiempo, el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y el de intangibilidad cualitativa de esta misma.

Aunque lo cierto es que la corriente mayoritaria se opone a ello, también existen otros autores que admiten la posibilidad de instituir una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta a raíz de la Ley 41/2003, como por ejemplo PEREÑA VICENTE<sup>23</sup>, RIPOLL SOLER<sup>24</sup> y GONZÁLEZ PORRAS<sup>25</sup>.

DÍAZ ALABART<sup>26</sup>, aunque con menos rotundidad, razona que «*como en el precepto nada se dice sobre qué tipo de fideicomiso ha de ser el constituido, es seguro que podrá ser el fideicomiso normal, en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar (...). O también admitirse la posibilidad de disposición del fiduciario en casos de necesidad absoluta. Admitiéndose la licitud del fideicomiso de residuo, también podría tratarse de un fideicomiso de este tipo, en el que falta esa obligación de conservar, pues el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos dentro de los límites marcados por el testador. La disponibilidad de los bienes fideicomitidos que en el fideicomiso de residuo el testador conceda al fiduciario puede ser muy variada (...)*

E igualmente, en otro de sus trabajos comenta la autora<sup>27</sup> que «*parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente*».

Por mi parte entiendo que el testador está facultado desde la entrada en vigor de la LPPD para instituir la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta con la idea de favorecer al hijo o descendiente incapacitado, porque de esta forma, llegado el momento, el fiduciario podrá disponer total o parcialmente de los bienes fideicomitidos para satisfacer sus necesidades vitales si fuese necesario. De no admitir tal posibilidad, en el caso

de que el incapacitado necesitase disponer de dichos bienes y no pudiese hacerlo, quedaría totalmente desprotegido, convirtiéndose entonces la LPPD en una ley inútil por no haber podido proteger a las personas incapacitadas cuando realmente más lo necesitaban.

Aparte, parece lógico que de haber sido la intención del legislador la de imposibilitar la constitución de una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta lo hubiese reflejado así expresamente, tal y como sí hizo, por ejemplo, en cuanto a los posibles beneficiarios de la nueva sustitución fideicomisaria, de los que no cabe ninguna duda (los hijos o descendientes judicialmente incapacitados). A lo que hay que sumar que en realidad, la sustitución fideicomisaria de residuo es el tipo de sustitución más usada en la práctica. De hecho, razona LASARTE<sup>28</sup> que «*la sustitución fideicomisaria de residuo es más frecuente en la realidad que la sustitución fideicomisaria pura. Así se deduce de la jurisprudencia al respecto y así lo afirman la mayor parte de los Notarios, buenos conocedores por antonomasia de la práctica sucesoria. Valga pues la paradoja: el fideicomiso de residuo no puede ser considerado una figura residual en la práctica testamentaria, al menos si se le compara con la sustitución fideicomisaria propiamente dicha».*

Pero una vez expuesta la importancia de la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD en nuestro ordenamiento, debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿A qué personas beneficiará a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2015, si a través de dicha norma se entenderá por incapacitados todas las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección, haya visto o no modificada su capacidad de obrar? ¿Quiere ello decir que cualquier persona con discapacidad podrá verse beneficiada por la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que introdujo la LPPD a favor de los incapacitados?

Pongamos un ejemplo práctico. Con la regulación actual, podemos exponer que los padres o ascendientes de un hijo o descendiente con discapacidad (imaginemos el caso de una persona afectada por una discapacidad visual o auditiva igual o superior al 65%; o una persona que debido a su adicción al alcohol o a las drogas le ha sido reconocido un grado de discapacidad psíquica del 33%) jamás podrán constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de esta persona con discapacidad, gravando con ello al resto de coherederos. Es decir, o se ha incapacitado a la persona con discapacidad mediante sentencia judicial firme, o no se podrá instituir fiduciario de la sustitución fideicomisaria que venimos estudiando.

Y así considero que debe continuar regulándose la institución, es decir, protegiendo únicamente a aquellas personas que debido a su enfermedad psíquica o mental no puedan autogobernarse, sin que se permita su establecimiento a favor de cualquier persona con discapacidad.

Teniendo en cuenta que la Ley 1/2015 también supone la sustitución del título del procedimiento actual de incapacidad por el de *procedimiento de*

*modificación de la capacidad*, tal vez la solución pase por permitir el tipo de protección que venimos estudiando únicamente a favor de aquellas personas que *hayan visto modificadas su capacidad de obrar*, es decir, aquellas cuyo antiguo (hoy aún vigente) procedimiento de incapacitación finalizase con sentencia estimatoria en cuanto a la necesidad de la modificación de su capacidad de obrar. ¿Y cómo se denominará a esas personas?

Habrá que esperar a ver con qué nos sorprende esta vez el legislador español.

## V. CONCLUSIONES

Lo cierto a día de hoy es que la adaptación definitiva de dicho artículo (el de mayor trascendencia jurídica de toda la Convención) sigue sin producirse.

Y es que la adaptación del artículo 12 de la Convención obliga a los Estados Partes a que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica (la capacidad jurídica de la Convención engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar española) en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que todas las personas con discapacidad que lo necesiten, se vean apoyadas o asistidas por otra persona sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad jurídica ni su capacidad de obrar.

Poco a poco parece que el legislador español se viene decantando por implementar el conflictivo artículo 12 de la Convención ONU a nuestro ordenamiento mediante una serie de adaptaciones y modificaciones de diversas normas, en vez de aprobar el tan anunciado Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención.

Primero fue con el reconocimiento de nuestro Tribunal Supremo mediante la sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009, de la compatibilidad existente entre nuestro procedimiento de incapacitación y la Convención de la ONU, descartando con ello nuestro Alto Tribunal cualquier necesidad de sustituir dicho procedimiento por otro que se base en más apoyos a favor de las personas que los necesiten.

Años más tarde, a raíz de la sentencia 421/2013, de 24 de junio de 2013, el Tribunal Supremo fijó la curatela como el medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención, sentencia que en la actualidad, y debido a su interés casacional, siguen todas las Audiencias Provinciales españolas.

Y el último de los pasos dados por el legislador para que el artículo 12 de la Convención siga implementándose paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico es el de la sustitución de los términos procedimiento de incapacitación e incapacitado por los de modificación de la capacidad y persona con discapacidad necesitada de una especial protección.

¿Acierta con la inclusión del concepto *persona con discapacidad* en el nuevo término?

Bajo mi punto de vista no. Es más, considero que va a conllevar a ciertas confusiones en nuestra sociedad, que esperemos salve de forma rápida con la aclaración de las dudas planteadas en el presente estudio, el cual concluyo lanzando una pregunta al aire: ¿Por qué el legislador de 2015 no aprovechó la ocasión para disipar cualquier duda equiparando directamente la sentencia de incapacitación con la resolución administrativa que acredita la condición de discapacidad de una persona? ¿Por qué dejó igualmente pasar la oportunidad de establecer a qué personas podrá proteger, y cuáles no, el testador mediante la sustitución fideicomisaria que introdujo en su día la LPPD para proteger exclusivamente a los incapacitados?

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, pp. 1099-2133.
- La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ibermutuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, [http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web\\_juridica/inicial.html](http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.html).
  - La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones, en *La Encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Director: J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, Coordinación: M. Pereña Vicente, La Ley, Madrid, 2011, pp. 849-934.
  - La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo, 2004, pp. 259-270.
  - Principios de protección jurídica del discapacitado, en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, pp. 93-116.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 53, enero-marzo de 2005.
- GARCÍA CANTERO, Persons with disability vs Personas incapacitadas... O viceversa, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014.
- GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ PORRAS, Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la*

- Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coords.), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005.
- Las Sustituciones Hereditarias, *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Coordinador Francisco Javier Sánchez Clavero, 4.<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GÓMEZ GÁLLIGO, La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 687, enero-febrero de 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo*, Editorial Marcial Pons, Madrid de 2011.
- *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo*, 5.<sup>a</sup> Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona de 2008.
- LEÑA FERNANDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, 2005.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, a favor de las personas discapacitadas, en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: José Pérez de Vargas Muñoz, Coordinación: Montserrat Pereña Vicente, La Ley, Madrid de 2011.
- PEREÑA VICENTE, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2006.
- RI POLL SOLER, A., La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2004.
- VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

## NOTAS

<sup>1</sup> Así se establece en el Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>2</sup> Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 96, de 21 de abril de 2008. Entrando definitivamente en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>3</sup> El artículo 29 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone: «Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás».

<sup>4</sup> La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

<sup>5</sup> GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas. p. 43.

<sup>6</sup> GARCÍA CANTERO, Persons with disability vs Personas incapacitadas... O viceversa, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2.014, p. 68.

<sup>7</sup> Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios.

<sup>8</sup> Publicada en el *BOE* de 31 de marzo de 2015.

<sup>9</sup> Tal y como se desprende del apartado XXVII de su Preámbulo.

<sup>10</sup> Como establece la Disposición adicional primera.

<sup>11</sup> 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. Fue publicada en el *BOE* de 19 de noviembre de 2003.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ PORRAS, Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coords.), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 699 y 700.

<sup>13</sup> RD 1971/1999, de 23 de diciembre sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (*BOE* núm. 22, de 26 de enero de 2000), posteriormente modificado por el RD 1169/2003, de 12 de septiembre (*BOE* núm. 238, de 4 de octubre), por la Disp. Fin. 3.<sup>a</sup> del RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (*BOE* núm. 45, de 21 de febrero), por el RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (*BOE* núm. 96, de 21 de abril) que deroga el Anexo 2 y por el RD 1856/2009, de 4 de diciembre (*BOE* núm. 311, de 26 de diciembre), que modifica tanto su título como su contenido en cuanto a la sustitución del término minusvalía por el de discapacidad.

<sup>14</sup> Establece el artículo 12 del RD 1971/1999: «*Contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril*».

<sup>15</sup> PEREÑA VICENTE, Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 53, 54, 55 y 56, la cual, centrándose en la medida de protección del patrimonio protegido, acaba confesando que «este es uno de los principales problemas de la Ley, que no ofrece el mismo grado de protección a los incapacitados judiciales y a los discapacitados. (...) Con toda seguridad, en la mayor parte de los supuestos en los que una persona está judicialmente incapacitada su grado de minusvalía será igual o superior al exigido por la Ley para constituir el patrimonio protegido, pero la sentencia de incapacitación, como hemos visto en el capítulo I, no será suficiente para proceder a su constitución».

<sup>16</sup> Estipula, en primer lugar, la Exposición de Motivos de la LPPD, en su apartado III que: «*Esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que esta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico...*». En el mismo sentido, recoge el artículo 3.1.b) que: «*Podrán constituir un patrimonio protegido: Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*». Entendemos que, al nombrar a los tutores o curadores de las personas que no tengan capacidad de obrar suficiente, se está refiriendo a personas que hayan sido judicialmente incapacitadas, ya que es esta la única forma legal de que se nombre un tutor o curador a favor de la persona que lo necesita.

<sup>17</sup> Mientras que en el artículo 10.1 de la LPPD sí se concretiza que: «*Tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado...*», no ocurre lo mismo en la Exposición de Motivos, apartado VII de la misma Ley, donde se recoge que: «*Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad*

*para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida...».* No especifica que se trate de una persona con discapacidad, sino que habla del causante, por lo que podría entenderse bien la persona con discapacidad bien la persona incapacitada judicialmente.

<sup>18</sup> VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 55, considera que «Otra opción podría ser considerar innecesario que la persona incapacitada judicialmente deba tramitar la obtención de su certificado de discapacidad al reconocérsele esta automáticamente. (...) Así las cosas, creemos que el legislador debería recoger expresamente, a los efectos del Derecho civil, la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad». RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de Sucesiones..., *op. cit.* p. 359 entiende por su parte que «Mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa». DÍAZ ALABART, Principios de protección jurídica del discapacitado, en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, p. 99, argumenta que «Es más, de la Exposición de Motivos de esta norma parece deducirse que el concepto de discapacitado pretende dejarse al margen de la incapacitación, como si ambas regulaciones transcurriesen absolutamente paralelas, lo cual es de todo punto imposible, puesto que los incapaces desde el punto de vista jurídico necesariamente deben ser considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces, porque aquel es un concepto más amplio que este». Continúa la autora DÍAZ ALABART, S., et alii: *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, [http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web\\_juridica/inicial.html](http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.html), exponiendo que «no presenta ningún problema que a los incapacitados judicialmente se les considere «discapacitados» en el sentido de la LPPD (...). A pesar de dicho silencio, como ya hemos señalado con anterioridad, todo incapacitado es un discapacitado, (pero no viceversa), por lo que podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga esta Ley». Y en el mismo sentido, NÚÑEZ NÚÑEZ, Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, a favor de las personas discapacitadas, en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: José Pérez de Vargas Muñoz, Coordinación: Montserrat Pereña Vicente, La Ley, Madrid, 2011, p. 963, quien afirma que en la práctica, todos los judicialmente incapacitados son discapacitados psíquicos, de manera que muchas veces las dos situaciones van juntas, si bien la Ley 41/2003 contiene normas que se aplican únicamente a uno de los dos supuestos.

<sup>19</sup> Entre otras por la SAP de Cádiz (Sección 2.<sup>a</sup>), de 21 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 144287), en la cual se equiparan las figuras de personas con discapacidad y de incapacitado, «*sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de este, puesto que, en suma, estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley 41/2003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquellas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para estas*».

<sup>20</sup> DÍAZ ALABART, S., El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad), *cit.*, p. 2104 y en La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), p. 16, ya que en ambas considera que «Además el fiduciario ha de haber sido incapacitado. El fideicomiso así constituido está pues sometido a una condición esencial, la condición de incapacitado del fiduciario. No es una condición puesta por el testador, sino que está implícita en la propia figura, una *conditio iuris*».

<sup>21</sup> En tal sentido, entre muchos otros, LASARTE ÁLVAREZ, Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo, *cit.*, p. 128, establece que «Sin duda alguna, ambas modalidades son admisibles en la actualidad, dependiendo naturalmente de los términos en los que se emplee el testador». Cuando habla de «ambas modalidades» se refiere al fideicomiso de *eo quod supererit* y al de *sí aliquid supererit*; o GONZÁLEZ PORRAS, *Las Sustituciones Hereditarias*, Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones. Coordinador Francisco Javier Sánchez Clavero, 4.<sup>a</sup> Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 629, que dice: «Queda por hablar de una modalidad fideicomisaria no regulada en el Código Civil, pero que es frecuente en la vida real. Me refiero a las sustituciones fideicomisarias de residuo».

<sup>22</sup> En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado, *cit.*, p. 24, considera que «el fideicomiso regulado en los artículos 808 párrafo tercero, y 813 párrafo segundo, son siempre fideicomisos ordinarios, con obligación —salvo los supuestos excepcionales estudiados— de transmitir a los fideicomisarios todos los bienes gravados»; por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *cit.*, p. 133, expone que «en este sentido, no es posible acogerse por el testador a la posibilidad que otorga el párrafo segundo del artículo 783 del Código Civil de establecer un fideicomiso en el que el fiduciario cuente con la facultad de disposición. Ello nos parece que no es posible en este caso porque relegaría a los legítimarios a la condición de meros receptores del residuo, lo que debería haber sido expresamente autorizado por el legislador, pues conllevaría un mayor gravamen para la legítima de los no incapacitados (que pudiera quedar reducida a la nada)»; por último, LEÑA FERNÁNDEZ, Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, *cit.*, p. 195, entiende que «ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código civil no limitan el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliese la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo».

<sup>23</sup> PEREÑA VICENTE, Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil, *cit.*, pp. 121 y 122.

<sup>24</sup> RIPOLL SOLER, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, *cit.*, pp. 1751 y 1752.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ PORRAS, Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, *cit.*, p. 709.

<sup>26</sup> DIAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *cit.*, pp. 261 y sigs.

<sup>27</sup> DIAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *cit.*, pp. 261 y sigs.

<sup>28</sup> LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo*, 5.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, p. 128.

(Trabajo recibido el 18-5-2015 y aceptado  
para su publicación el 25-6-2015)