

Aportaciones al estudio del llamado *patrimonio protegido* del discapacitado

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. UN APUNTE SOBRE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.—3. NATURALEZA Y CARACTERES DEL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—4. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—5. FINALIDAD Y BENEFICIARIO DEL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—6. CONSTITUCIÓN DEL *PATRIMONIO PROTEGIDO*.—7. SU ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN.—8. LA EXTINCIÓN DE ESTE PATRIMONIO SINGULAR.—9. CONTROL Y SUPERVISIÓN.—10. PUBLICIDAD Y BENEFICIOS FISCALES. CONCLUSIÓN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La atención específica (*socio-asistencial-económica*) del discapacitado en España se ha venido financiado habitualmente a través de una doble vía. Por una parte, los poderes públicos ponen a su disposición medios económicos, bien a través de servicios dirigidos al colectivo de personas afectadas, o bien al articular instrumentos materiales a su favor, como son beneficios fiscales o subvenciones, todo ello como consecuencia del mandato constitucional de considerar su protección como una carga pública irrenunciable (1). Por otra, nuestro

(1) El artículo 49 de la Constitución Española dispone que «*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*». También su artículo 9.2 obliga a los poderes públicos a «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

Igualmente, la Constitución Europea (art. II-86), bajo el epígrafe *Integración de las personas discapacitadas*, contiene una declaración general en la que puede leerse: «*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de*

país presenta el hecho incontestable de ser la familia del discapacitado la que mayor esfuerzo y sacrificio económico realiza, hasta soportar situaciones insostenibles para que sus necesidades vitales sean suficientemente cubiertas. Como señaló el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado* (2), la falta de aptitud de éste para procurarse el propio sustento, y la necesidad de ofrecerle los costosos cuidados y las atenciones específicas que normalmente requiere, obligan a que, por lo general, sea el patrimonio familiar quien se haga cargo de su asistencia.

La 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*, felizmente ha configurado para nuestro Derecho, y dentro de la conmemoración del *Año Europeo de las personas con discapacidad* (2003), una tercera vía de asistencia económica al discapacitado, al prever para éste la constitución de un patrimonio propio —el *patrimonio protegido*— dirigido a satisfacer sus necesidades vitales. La masa o conjunto de bienes y derechos que, a partir de esta importante reforma y para tal fin asistencial puede constituirse, queda sujeta a un régimen legal específico de creación, correcta administración, supervisión o control público, así como a un tratamiento fiscal, como no podía ser menos, favorable.

Este reconocimiento legal, por otra parte largamente esperado desde que se anunció a finales de los años noventa el deseo del legislador de crear un *Estatuto patrimonial para el discapacitado* (3), ha tranquilizado principalmente a los familiares directos de este colectivo de afectados, siempre preocupados no sólo por su actual calidad de vida, sino especialmente por su situación en el futuro, cuando ellos no estén o pudieran encontrarse en situación de no atenderlo («¿Qué será de él cuando nosotros faltemos?», pregunta habitual entre las familias afectadas). Aparte de significar, por sus importantes deducciones fiscales, un alivio para el pecunio familiar desde el que sostiene al discapacitado. Aunque también hay que resaltar que una protección patrimonial para el discapacitado, como la que se ha diseñado, supone indudablemente un refuerzo del patrimonio familiar.

Con la aprobación de la Ley 41/2003, el legislador ha pasado a favorecer la constitución de una masa de bienes o derechos destinados exclusivamente a la asistencia y a la mejora de la calidad de vida del discapacitado. Hasta su promulgación, las soluciones asistenciales para los afectados eran escasas y poco atractivas. Así, por ejemplo, cabía constituir un patrimonio en vida de los

medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

(2) 6 de junio de 2001, pág. 4.

(3) Del que fue impulsor principal tanto CES (Confederación Española de Fundaciones) como CERMI (Confederación Estatal de Representantes de Minusválidos).

padres por donación, pero especialmente gravado por el impuesto correspondiente. Otra posibilidad era preverlo vía testamento, solución que, además de la oportuna carga fiscal, debía sortear el estricto sistema de legítimas de nuestro Código Civil cuando había otros legitimarios (como era el caso de hermanos del discapacitado), a quienes necesariamente debe reservarse, como mínimo, la tercera parte de la herencia, sin olvidar la disminución que para esa previsión de patrimonio suponía, si fuera el caso, la previa liquidación del régimen de la sociedad de gananciales (4). Aún en el caso de haberse nombrado un tutor al discapacitado, podría darse el hecho, por otra parte habitual, de no encontrar familiares o personas dignas de confianza para ocupar tal cargo, y tener que recurrir en ese caso a organizaciones o entidades en principio solventes en el cuidado de la persona y del patrimonio del discapacitado.

La preocupación por encontrar soluciones desde nuestro Derecho a la cuestión del sostenimiento y de la asistencia del discapacitado es una constante en nuestra doctrina (5) y en las instituciones protectoras, además de un

(4) Si fallecen los padres y el hijo aún no está incapacitado, habrá que proceder a tal declaración, a fin de que su representante legal pueda aceptar la herencia y administrar los bienes que, después de haber sido liquidado el impuesto correspondiente, le sean adjudicados.

(5) Sobre la protección jurídica de la discapacidad en España, vid., entre las últimas obras, ADROHER BIOSCA, S., *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004; ARCE FLÓREZ-VALDEZ, J., «La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (la tutela del siglo XXI)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 207 y sigs.; ARROYO AMAYUELAS, E., «Del mandato “ordinario” al mandato de “protección”», en *RJN*, enero-marzo 2004, págs. 9 y sigs.; CAFFARENA LAPORTA, J., «La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 321 y sigs.; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La situación de las personas con discapacidad en España*, 17 de diciembre de 2003; CORRAL GARCÍA, E., «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», en *RJN*, abril-junio 2003, págs. 27 y sigs.; DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado (art. 808 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDP*, mayo-junio 2004, págs. 259 y sigs.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 1, 2004, págs. 43 y sigs.; FUNDACIÓN AEQUITAS, *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas, Madrid, 2004; GARCÍA CALDERÓN, J. M., *La voluntad del discapacitado en el proceso*, B. I. Colegio Notarial de Granada, 269, t. II, marzo de 2004, págs. 1165 y sigs.; GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004; la magnífica obra, ya un clásico en esta materia, de LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997; LUCINI NICAS, J. A., «La 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», en *AC*, 14, 2.ª quincena de julio de 2004, págs. 1621 y sigs.; PEREÑA VICENTE, M., «El derecho sucesorio como ins-

motivo permanente de encuentro multisectorial entre los distintos especialistas en la materia, lo que ha fructificado en numerosos congresos, jornadas o reuniones (6).

La intervención legislativa de 2003, que pasamos a comentar, no sólo se ha limitado a reconocerle al discapacitado un patrimonio propio y especialmente protegido con importantes beneficios fiscales, sino que ha ido más allá al ofrecer amplias y variadas soluciones para el correcto logro de ese fin asistencial, como son las novedades que la Ley 41/2003 presenta en materia sucesoria, en sede de contrato de alimentos, acerca del reconocimiento en nuestro Derecho de la autotutela, la previsión de poderes en consideración a la propia discapacidad, o el derecho de habitación, que son materias que exceden del objeto de este comentario (7).

trumento de protección del discapacitado», en *La Ley*, núm. 55.957, págs. 1 y sigs.; «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *AC*, 15 de septiembre de 2004, págs. 1758 y sigs.; PÉREZ JIMÉNEZ, M. T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en *AC*, 15 de diciembre de 2004, págs. 2540 y sigs.; REGLERO CUADRADO, G., «Aspectos tributarios de la 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», en *Revista Impuestos*, núm. 20, octubre de 2004, págs. 15 y 36; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M. J.-RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», en *La Ley*, 29 de junio de 2004, págs. 1 y sigs.; RODRÍGUEZ-POYO SEGURA, M., *Protección de menores e incapaces en el tráfico jurídico (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial y guardia de hecho)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2001; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi, Pamplona, 2004; SILLERO CROVETTO, B., «Tratamiento jurídico de la incapacitación de personas de edad avanzada», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Díez Picazo*, t. I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 975 y sigs.; SIMÓN, P., *¿Quién decidirá por mí?*, Triacastela, Madrid, 2004; VARIOS, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado-Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Director: RAFAEL MARTÍNEZ DÍE; Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2000; *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Directores: ALZAGA VILLAAMIL, ARNALDO ALCUBILLA, CABRA DE LUNA, LÓPEZ GUERRA y DE LORENZO, Fundación ONCE y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; *Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA y JOSÉ PICÓN MARTÍN, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; ZURITA MARTÍN, I., «Anotaciones al nuevo contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 12, 2004, págs. 145 y sigs.; y *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004.

(6) En este sentido, es oportuno señalar que este trabajo toma como base mi conferencia *El patrimonio protegido del discapacitado*, que pronuncié dentro de las Jornadas *A protección patrimonial dos discapacitados*, dirigidas por el profesor PÉREZ DE VARGAS y celebradas en la Escola Galega de Administración Pública durante los días 2 y 3 de diciembre de 2004, cuya dirección está a cargo del profesor BELLO JANEIRO.

(7) El legislador ha sido sensible al hecho incontrovertible de que, a raíz de su integración social, escolar o laboral, el discapacitado, entre otras muchas cosas, cobra y

2. UN APUNTE SOBRE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Como recogía el extenso y riguroso Informe del *Consejo Económico y Social* sobre la «*Situación de las personas con discapacidad en España*» (8), en los últimos años asistimos en España al incremento continuo del número de situaciones de discapacidad debido, entre otras causas, al envejecimiento de la población, a la supervivencia a enfermedades y accidentes que antes eran mortales, a las mayores expectativas de vida de las personas con enfermedades crónicas y con discapacidad (como consecuencia de los avances médicos), así como el cada vez menor número de personas que pueden cuidar de aquéllas en su domicilio, y que determina que muchas no puedan recibir la atención que se merecen.

La última encuesta oficial sobre la discapacidad en España (*Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud —EDDES—*) (9), reflejaba que en nuestro país viven hoy más de 3,5 millones de personas con discapacidad, lo que supone, dado el tiempo transcurrido desde su confección, que en la actualidad más de un 10 por 100 de la población total de nuestro país está afectada por alguna deficiencia física o psíquica.

Con carácter previo, resulta conveniente, por la confusión terminológica en que a veces se incurre, advertir que la minusvalía, la discapacidad y la deficiencia son dimensiones distintas que confluyen en una misma realidad: la necesidad de asistencia. Si la *minusvalía* es la situación de desventaja de un individuo determinado a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que le limita o impide el desempeño de un rol que sería normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales), la *deficiencia*, por su parte, alude a la anomalía de los órganos o de las funciones propias de los órganos; mientras que la *discapacidad* sería toda limitación grave que afecta, o se espere que vaya a afectar durante más de un año, a la actividad del que la padece, y cuyo origen reside en una deficiencia, incluso aunque tal discapacidad la tenga superada con el uso de ayudas técnicas externas (10).

Aunque desde el punto de vista del Derecho no encontramos un concepto genérico de lo que se entiende por discapacidad, si exceptuamos la definición

paga dinero, abre una cuenta corriente, utiliza medios de pago electrónico, contrata servicios, o lleva a cabo una gran variedad de actos de consumo.

(8) Informe 4/2003, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 17 de diciembre de 2003.

(9) Encuesta realizada por el INE, ONCE e IMSERSO, que sirve de referencia en todos los estudios de la discapacidad en España, y en la que se recoge una gran cantidad de datos referidos a los discapacitados en nuestro país.

(10) Vid. *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)*, publicada en 1980 por la OMS.

de minusválido que ofrece el artículo 7.1 de la LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril, de *Integración Social del Minusválido*) (11), la medicina coincide en señalar que la discapacidad (deficiencia) puede ser física, mental o sensorial (12). Es física cuando la persona padece anomalías orgánicas en el aparato locomotor o extremidades, sistema nervioso y alteraciones viscerales. Es mental cuando el afectado presenta un retraso de este tipo en sus grados severo, moderado y leve, además del retraso madurativo, las demencias y otros trastornos mentales. En cambio, es sensorial cuando la persona está afectada por trastornos relacionados con la vista, el oído y el lenguaje.

El citado Informe 5/2003 del CES nos aporta también datos inquietantes que demuestran la oportunidad y la necesidad que, para el fin asistencial del discapacitado, ha tenido la Ley 41/2003 con la previsión de un *patrimonio protegido*. En ese sentido, no sólo resulta preocupante leer en él que en España casi un millón y medio de personas con alguna discapacidad encuentran dificultades de grado máximo para su desenvolvimiento en la vida diaria (13), sino aún más, el constatar que los ingresos percibidos por los hogares en los que vive alguna persona con discapacidad evidencian una notable asociación entre las rentas más bajas de nuestro país y la discapacidad, aumentando dicho número por la necesidad asistencial (14).

3. NATURALEZA Y CARACTERES DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003 diseña para nuestro Derecho el llamado *patrimonio protegido* del discapacitado mediante la creación *ex novo* de un patrimonio se-

(11) «A los efectos de la presente Ley, se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

(12) Vid. sobre este punto, la Resolución WHA 54.21 de la OMS, de 22 de mayo de 2001, quien en su 54.ª Asamblea Mundial de la Salud aprobó la «Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud», conocida como CIF.

(13) Lo que supone que cuatro de cada diez discapacitados necesitan apoyo de forma ineludible.

(14) Así un importante número de hogares con personas con discapacidad (16 por 100) no superan los 391 euros mensuales, y un 37 por 100 alcanza un máximo de 781 euros. Para el CES, la causa reside en que son menores las rentas de los hogares sostenidos por personas de edad avanzada, que, a su vez, son las más proclives a padecer discapacidad, además las personas que integran hogares con rentas bajas tienden a desplegar pautas de conducta que pueden provocar déficits de salud, y que, por tanto, son más propicios al desarrollo de deficiencias y discapacidades.

También en dicho Informe se comprueba que en España más de un millón y medio de personas con discapacidad son receptoras de alguna ayuda personal, siendo los desplazamientos, dentro y fuera del propio hogar, y la realización de las tareas domésticas, las actividades para las que más personas reciben apoyo.

parado, sin personalidad jurídica propia, pero con la particularidad —como indica su Exposición de Motivos (II)— de ser independiente del resto del patrimonio personal de su titular-*beneficiario*, al someterlo a un régimen específico de constitución, administración-gestión, supervisión y tratamiento fiscal.

Estamos en presencia de lo que se conoce como un patrimonio de destino, pues, como también apunta la citada Exposición, «*las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*» (II), y entiendo, pues no hay que descartarlo, que incluso el propio sostenimiento de personas a cargo del propio discapacitado.

Con la previsión de un patrimonio separado y protegido, el legislador ha rechazado como fórmula para los fines asistenciales del discapacitado, la creación de fundaciones de interés particular, por otra parte prohibidas por nuestra Constitución (15), los fideicomisos sucesorios familiares fuera de los límites de nuestro Código Civil, o la carga de asistencia singular, de carácter duradero y afectada a una persona jurídica tutelar.

Aunque esta figura jurídica del *patrimonio protegido* sea una aportación *ex novo* en el Derecho español (salvo lo establecido en los arts. 164 y 227 del Código Civil, y en el art. 169 del Código de Familia catalán) (16), sí que, en cambio, presenta en Derecho comparado alguna similitud con la institución jurídica anglosajona del *trust*, en el sentido de patrimonio independiente administrado por terceras personas (17).

Los caracteres más sobresalientes que presenta el patrimonio especialmente protegido son los siguientes:

(15) El artículo 34 CE sólo «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general».

(16) El artículo 14 del Código Civil dice que: «*Se exceptúan de la administración paterna: 1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos*». El artículo 227 del Código Civil establece que: «*El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor*». Por su parte, el artículo 169 del Código de Familia catalán (Ley 9/1998) dispone que: «*Resultan excluidos de la actuación tutelar, o, si es el caso, de la administración patrimonial, los bienes adquiridos por la persona tutelada por donación, herencia o legado, cuando el donante o causante haya ordenado una administración especial y haya nombrado la persona que ha de ejercerla*».

(17) El *trust* podemos definirlo como dos actos jurídicos unilaterales por los que una persona —«*settlor*»— transfiere a otra —«*trustee*»— la propiedad de ciertos bienes, si bien dichos bienes no se integran en el patrimonio del «*trustee*» y quedan separados del resto de su patrimonio, con la finalidad de actuar en beneficio e interés de otras personas —«*beneficiarios*»—, según las instrucciones dadas por «*settlor*» al «*trustee*» y consignadas en la escritura de constitución. Nada impide que el «*settlor*» puede ordenar que el mismo sea el único «*beneficiario*» del *trust*.

1.º Es un *patrimonio separado*, es decir, aislado del resto del patrimonio personal del discapacitado titular-*beneficiario*, pero ya advertimos, aunque se tratará con mayor profundidad más adelante, que esa separación patrimonial no deja de ser teórica, pues no le sustrae del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil (18).

2.º Es un *patrimonio de destino*, configurado para atender las necesidades de la persona con discapacidad, pues la Ley expresamente ordena que «*Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido*» (art. 5.4).

3.º Se trata de un *patrimonio legal*, pues es la Ley 41/2003 quien lo configura y le diseña un régimen específico (de naturaleza privada y pública) en cuanto a su constitución, administración, supervisión y tratamiento fiscal favorable.

4. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Según dispone el artículo 1.2 de la Ley 41/2003, el *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este texto legislativo y en las disposiciones de desarrollo que se dicten para, a continuación, pasar a establecer, a los efectos de la incapacitación, una preferencia de sus reglas frente a lo dispuesto en los Títulos IX (arts. 199 y sigs.) y X (arts. 215 y sigs.) del Libro I de nuestro Código Civil.

El silencio del articulado de esta Ley —dictada, entre otros, al amparo del título competencial a favor del Estado reconocido por el art. 149.1.8 CE— acerca de una reserva a favor de lo que pudiera regular sobre esta materia la legislación propia de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil especial o foral (19), ha sido contestado desde Cataluña, cuyo Parlamento ha interpuesto contra la Ley 41/2003 un recurso de inconstitucionalidad

(18) En idéntica dirección, vid. PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, cit., págs. 1764 y 1765.

(19) Salvo lo que puede leerse en su Exposición de Motivos, «La regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.a de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil».

(núm. 1004/2004), admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 13 de abril de 2004 (20).

5. FINALIDAD Y BENEFICIARIO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La previsión legal de un *patrimonio protegido* para el discapacitado se ha considerado oportuna, principalmente para favorecer a estas personas con un conjunto de bienes y derechos suficientes para su correcta asistencia. Esta finalidad aparece claramente recogida en el artículo 1.1 de la Ley 41/2003, cuando dispone que: «*El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*».

Como *beneficiario del patrimonio protegido*, la Ley 41/2003 señala «*exclusivamente*» a la persona afectada por un determinado grado de minusvalía, deficiencia o discapacidad (21), con independencia de que en ella concurra alguna de las causas de incapacitación de las previstas en el artículo 200 del Código Civil, y sin que además sea necesario que tal *beneficiario* se encuentre previamente incapacitado por sentencia judicial (art. 199 del Código Civil), lo cual no deja de ser una novedad en nuestro Derecho Civil (22).

Con esta previsión, la Ley 41/2003 ha pasado a cualificar *administrativamente al beneficiario del patrimonio protegido*, al requerir para la constitu-

(20) BOE número 102, de 27-04-2004, pág. 16606. En el recurso del Parlamento de Cataluña puede leerse que «reconociendo que el legislador estatal es competente para dictar los artículos 1 a 13 de la Ley 41/2003, en virtud de los títulos que la Constitución le reserva en materia de Derecho Civil, debe admitirse que estos preceptos tendrán en Cataluña valor supletorio (...) Es decir, la Ley que en el ámbito del Derecho Civil de Cataluña pueda aprobar el Parlamento de Cataluña en materia de protección patrimonial de personas con discapacidad tendrá aplicación preferente a la Ley estatal. La norma catalana se autointegrará con el resto del ordenamiento civil catalán y sólo en segunda instancia se podrá acudir al Derecho estatal como norma supletoria» (*Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento contra la Ley del Estado 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 25, Alegación I, pág. 48).

(21) El artículo 2 de la Ley 41/2003 establece que «*1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular*».

(22) Recordemos que el artículo 200 del Código Civil dice: «*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*», y el artículo 199 del Código Civil dispone: «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

ción de éste (ya lo haga el propio discapacitado, sus representantes o un tercero) que la Administración Pública reconozca a su *beneficiario* una discapacidad física o sensorial superior a un 65 por 100, o una deficiencia psíquica nunca inferior al 33 por 100 (23). También esta Ley admite que dicho certificado de discapacidad pueda obtenerse mediante sentencia firme, entendiendo que puede ser dictada tanto como consecuencia directa del procedimiento judicial de incapacitación del discapacitado (24), como por admitir el recurso contencioso contra la denegación de la certificación administrativa requerida (25).

La declaración oficial de minusvalía, que puede solicitarse ante la Administración correspondiente por el propio interesado, su representante legal o guardador de hecho, es un documento administrativo que reconoce a su titular la condición de discapacidad, temporal o definitiva, en el grado que determinen los porcentajes de valoración aplicados. La norma reglamentaria que regula el procedimiento para el *reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía* es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Para los discapacitados intelectuales con un grado entre el 33 y el 65 por 100 puede haber dificultades prácticas de aplicación en este punto, pues los certificados actuales que contienen las resoluciones que conceden el reconocimiento de grado de minusvalía no especifican si la discapacidad es física, psíquica o sensorial (26).

El certificado de minusvalía, como hemos apuntado, no siempre es consecuencia directa de la incapacitación judicial del discapacitado. Se puede ser un «incapacitado administrativo» y no ser un incapacitado ante el Derecho, lo que sólo se puede declarar por sentencia (art. 199 del Código Civil). No

(23) Dispone el artículo 2 de la Ley 41/2003: «2. A los efectos de esta ley, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Según el último Informe sobre *La discapacidad en cifras*, realizado por la Secretaría General de Asuntos Sociales (2000), en España eran 752.284 las personas valoradas con un grado de minusvalía superior al 33 por 100.

(24) Vid. en el mismo sentido, PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, cit., pág. 1763.

(25) Cabe recurso en la vía administrativa y, agotada, en la jurisdiccional.

(26) Para que pudiera entrar en vigor para todos sería necesaria la modificación del Real Decreto que regula el procedimiento para dictar la calificación de minusvalía, lo cual es muy deseable por dos motivos:

— Actualizar los baremos a la clasificación CIF del año 2001 de la Organización Mundial de la Salud (los baremos españoles se basan en la CIDDM de 1980 de la misma OMS).

— Mejorar y actualizar las normas que se refieren a la valoración de la discapacidad intelectual.

deja por ello de abrir interrogantes esta *adjetivación administrativa* que de la discapacidad ha pasado a hacer la Ley 41/2003, hasta ahora sometida desde el Derecho Civil y el Derecho procesal civil al régimen de la incapacitación judicial (arts. 199 y sigs. del Código Civil y concordantes de la LEC). Advertimos también que superar meramente unos baremos administrativos para alcanzar el rango de *beneficiario* del *patrimonio protegido*, es dejar la concesión de un derecho-beneficio, con importantes efectos socio-económicos, en manos de quien posee en cada momento la potestad reglamentaria de cambiarlos discrecionalmente.

También debe criticarse, en cuanto al señalamiento del *beneficiario*, el hecho de que la Ley 41/2003 no contemple la posibilidad de constituir un mismo *patrimonio protegido* para dos o más miembros discapacitados de una misma familia, situación que se da en la práctica (dos hermanos o dos nietos con discapacidad). Creemos que esta Ley ha perdido una buena ocasión para aprovechar sinergias legales y económicas en aras de la efectiva asistencia de familiares estrechamente vinculados.

En cambio, sí que entendemos que la Ley 41/2003, aunque guarde silencio sobre este punto, extiende el ámbito de los *beneficiarios* de este *patrimonio protegido* también a las personas discapacitadas que con anterioridad a su entrada en vigor hubieran sido incapacitadas mediante sentencia.

6. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Su constitución puede hacerla directamente, pues no se necesita decisión administrativa o judicial superior, el propio discapacitado que reúna no sólo la consideración de *beneficiario* del mismo (conforme a los baremos fijados en esta Ley), sino que también tenga capacidad de obrar suficiente, y la tiene, salvo incapacitación judicial o prórroga de la patria potestad, la persona mayor de edad o emancipada (o habilitada de edad) (27). Sólo en el caso de tratarse de un discapacitado incapacitado, podrán constituirlo en su beneficio sus padres, tutores o curadores (art. 3.1.b) (28).

Se discute, aún a pesar de otorgarle esta facultad la Ley 41/2003, si el curador puede constituir directamente este *patrimonio* (29) para su curatela-

(27) El artículo 3.1.a) dispone que: «Podrán constituir un *patrimonio protegido*: a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente».

(28) El artículo 3.1.b) dispone que: «Podrán constituir un *patrimonio protegido*: b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente».

(29) Vid. en contra, PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, cit., pág. 1767.

do-discapacitado. El artículo 289 del Código Civil señala que: «*La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*». De su tenor literal se desprende que la sentencia fijará en qué actos del curatelado debe *asistirle* el curador, como complemento necesario de su voluntad; entre esos actos el Juez podría autorizarle la constitución de esta clase de *patrimonio*. Pero la Ley 41/2003 (art. 3.1.b) va más allá y reconoce expresamente al curador tal facultad, lo que supone una ampliación *ex lege* de las funciones del curador en caso de incapacidad del curatelado. A mayor abundamiento, con esta previsión legal se introduce otra novedad en nuestro Ordenamiento, como es la atribución al curador de una facultad directa y no asistencial o complementaria de la voluntad de su curatelado, como, por otra parte, le había sido tradicional.

También la Ley permite la constitución del *patrimonio protegido* por el posible «*guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica*» mediante «*los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario*» (art. 3.1.c). El tenor literal de este precepto parecería impedir su constitución al guardador de hecho de un discapacitado físico, lo cual, salvo pensar que es un error u olvido del legislador, sería discriminatorio, porque la guarda de hecho es una institución de protección fáctica del presunto incapaz (arts. 303 y sigs. del Código Civil), que puede serlo no sólo, como da a entender en este punto la Ley 41/2003, por una deficiencia persistente psíquica, sino también por una discapacidad física (art. 200 del Código Civil).

También entraría en clara contradicción con la finalidad principal perseguida por dicha Ley —la asistencia al discapacitado—, el considerar, como refleja el tenor literal del artículo 3.1.c), que la constitución del *patrimonio protegido* por el guardador de hecho no pueda hacerse con otros bienes distintos de los ahí especificados.

La Ley 41/2003 señala como posible constituyente del *patrimonio protegido* a cualquier persona con interés legítimo (en adelante *tercero constituyente*) si reúne la aprobación del discapacitado con capacidad de obrar suficiente. Si el *beneficiario* careciera de ella, el *tercero* para constituirlo deberá previamente obtener el consentimiento de los padres, tutores, o curadores de aquél, con un ofrecimiento para constituirlo de bienes o derechos «suficiente y adecuada» para el fin asistencial que le es propio (art. 3.2) (30).

(30) Dice este precepto que «*Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*».

La necesidad exigida por la Ley 41/2003 de que ese *tercero constituyente* presente «un interés legítimo» supone introducir innecesariamente, a nuestro juicio, uno de esos conceptos jurídicos indeterminados, a valorar cuando se presente la solicitud, y se compruebe —tanto por el discapacitado capaz o, en su caso, por los representantes— si esa iniciativa pretende sólo contribuir a mejorar el bienestar asistencial del *beneficiario* (que no olvidemos es el fin perseguido por la Ley 41/2003), o, en cambio, se sospecha o hay evidencia de otros intereses contrarios. Criticamos la introducción de este «interés legítimo», pues el simple *animus donandi* del tercero constituyente que se desprende a título gratuito de bienes o derechos para atender al discapacitado-beneficiario, bastaría para entender que se actúa a favor de su interés, sin otras consideraciones.

Este ofrecimiento del *tercero constituyente* puede ser libremente rechazado por el discapacitado capaz, pues, en principio, nadie mejor que él para decidir su conveniencia (31), y contra esa decisión *ad nutum* no cabría recurso alguno. Pero si aquél fuera incapaz, serán sus representantes (padres, tutores o curadores) quienes autoricen o denieguen por causa justificada la solicitud del *tercero constituyente*, que entendemos no pueden ser otra que no convenir al interés del posible *beneficiario*. En caso de negativa, el *tercero constituyente* puede dirigir su petición al Ministerio Fiscal, quien solicitará del Juez lo que mejor proceda para el fin asistencial del discapacitado. Si la decisión judicial fuera finalmente favorable a la constitución, los representantes del discapacitado quedan excluidos *ope legis* como posibles administradores del patrimonio (art. 3.2, párr. 2.º) (32). Entiendo que generalizar esta sanción puede resultar por partida doble contraria a los intereses del discapacitado, pues, por una parte, hay que pensar que los representantes, al negarse, se han limitado a valorar que su constitución no le convenía al discapacitado, y, por otra, puede resultar peligroso para los intereses del *beneficiario* descartar sin más en la administración del *patrimonio protegido* a personas tan directa y estrechamente vinculadas con el *beneficiario*.

(31) La Ley 41/2003 ha guardado silencio sobre una posible negativa del discapacitado-beneficiario suficientemente capaz respecto de la pretensión de personas con interés legítimo para dotarle de bienes con los que constituir su patrimonio. En este caso creemos que al tener capacidad suficiente para valorar su conveniencia o no, nadie, ni tan siquiera el Juez, podría forzarle a su constitución.

(32) Este precepto dispone que: «En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido».

Entre los autorizados para constituir el *patrimonio protegido*, aunque esta Ley no lo mencione expresamente, creemos que también el Juez puede ordenarlo en la sentencia de incapacitación y sobre los bienes preexistentes en el patrimonio del que va a ser incapacitado o que le aportan o aporten terceras personas. El artículo 760 LEC declara, en la dirección que defendemos, que la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, y de ahí que entendamos incluida la posibilidad de tal constitución, bien porque durante el proceso se lo pidiera el Ministerio Fiscal, o el discapacitado que va a ser incapacitado, o sus representantes legales o guardador de hecho, o esos terceros con interés legítimo, o bien porque el Juez de oficio lo considere necesario. Al tratarse de un *patrimonio protegido* especialmente desde el punto de vista fiscal, no hay que descartar que el Juez decida, por el bien del incapacitado, su constitución con todos o parte de los bienes y derechos del incapacitado, que basten para la atención básica de sus necesidades, que no olvidemos es el fin que persigue la Ley 41/2003. Incluso, entendemos que la constitución del *patrimonio protegido* podía ser una de esas medidas cautelares que el artículo 762, párrafo 1.º LEC, concede ampliamente al tribunal competente sobre la persona y bienes del presunto incapaz.

Toda aportación inicial de bienes que se haga para la constitución del *patrimonio protegido*, y con independencia de quien la realice (incluso por el discapacitado *beneficiario* que constituye su patrimonio) debe ser hecha a título meramente gratuito, como deja claro esta Ley y su Exposición de Motivos (33), con lo cual las aportaciones que se hagan quedan sujetas al régimen previsto por nuestro Código Civil para el contrato de donación, pero sin admitir donaciones modales o condicionales, que, de hacerse, gravarían un patrimonio especialmente protegido por esta Ley en aras de los intereses del discapacitado, pero en ningún caso para especular con él. Sin embargo, consideramos que no le sería aplicable a esas disposiciones a título gratuito, aportadas originaria o posteriormente al *patrimonio protegido*, el régimen previsto en nuestro Código Civil para la revocación o reducción de donaciones por inoficiosas (arts. 644 y sigs.).

Llama también la atención que el legislador no haya previsto una cuantía máxima o mínima para la aportación inicial de bienes o derechos que tuviera en cuenta las circunstancias personales del discapacitado y sus necesidades de atención (34). Sin considerar desacertada dicha omisión, sí que creemos que

(33) El artículo 1.1 señala que: «*El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio protegido de las personas con discapacidad (...)*». En idéntico sentido, la Exposición de Motivos (II) reitera que la Ley favorece «la constitución de este patrimonio y la aportación a *título gratuito* de bienes y derechos de la misma».

(34) Como si, en cambio, hace la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de *fundaciones*, al exigir que la dotación para la constitución de una fundación se haga con bienes y

hubiera sido más correcto el cerrar la redacción final de su artículo 3.1, señalando no sólo, como hace, que las personas que pasa a relacionar «*podrán constituir un patrimonio protegido*», sino el haber incluido que la aportación originaria de bienes debería ser *suficiente para los fines asistenciales del discapacitado*.

La Ley 41/2003 sí que, en cambio, contempla previsibles aportaciones posteriores a un *patrimonio protegido* ya constituido. Tras afirmar que «*las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior*» (art. 4.1), permite que cualquier persona, también con *interés legítimo*, pueda realizarla pero siempre «*a título gratuito*» y sin someterla «*a término*», ni tampoco, por ese carácter gratuito que le es de esencia a las aportaciones al *patrimonio protegido*, imponerle condición o modo, que no sea la previsión legal de que los «*aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables*» (art. 4.3).

La aportación posterior al *patrimonio protegido* debe ser admitida por el *beneficiario* con *capacidad de obrar suficiente* que lo ha constituido, aunque la Ley se refiera erróneamente a que para su validez bastaría con el consentimiento de «*la persona con discapacidad*» (art. 4.2, párr. 1.º), pues ya hemos apuntado que para constituir su propio *patrimonio protegido*, el discapacitado requiere especial y necesariamente una *capacidad de obrar suficiente* (art. 3.1.a).

Si el *patrimonio* fue constituido en su día por los representantes del discapacitado incapaz (padres, tutores o curadores), y éstos se niegan injustificadamente a la aportación posterior que ofrezca una tercera persona, siempre cabe, como en el supuesto ya analizado de su constitución original, que el Juez levante esta negativa en interés del discapacitado (art. 4.2, párr. 2.º).

Sin embargo entendemos, aunque el tenor literal de la Ley 41/2003 dé a entender lo contrario (art. 4.2, párr. 2.º) (35), que no habría necesidad de reunir el consentimiento de los representantes del discapacitado para una aportación posterior hecha al *patrimonio protegido* por el propio *tercero*

derechos de cualquier clase «*adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros*».

(35) Este precepto señala que: «*En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento (para la aportación posterior), la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad*».

constituyente que en su día logró constituirlo, pues ya se le requirió su asentimiento cuando se iba a constituir (art. 3.2).

Las aportaciones iniciales o posteriores pueden realizarse mediante toda clase de bienes y derechos, no personalísimos o transmisibles, pero en caso de constituir directamente el *patrimonio protegido*, el propio discapacitado podría aportar en su beneficio derechos personalísimos como los que se derivan de una creación intelectual o, en principio, intransmisibles como un derecho de uso o habitación (art. 525 del Código Civil). En el caso de aportación inicial de bienes y derechos por parte del *beneficiario* constituyente directo de este *patrimonio*, hay que advertir que la aportación puede ser de la totalidad o sólo parte de los bienes y derechos que comprenden su patrimonio global. Lo que en este último caso forzaría la coexistencia en la esfera del beneficiario de dos patrimonios: el *protegido* y el que no tiene esa consideración, y, consiguientemente, el mismo tratamiento legal.

Pensamos también que no hubiera estado de más el haber previsto en esta Ley, las formalidades que deben rellenar los consentimientos necesarios, no sólo para la constitución inicial del patrimonio, sino también para las aportaciones posteriores que vayan incrementándolo, y, especialmente, regular en qué casos y ante quién pudiera recurrirse la constitución no ajustada a Derecho de un *patrimonio protegido*.

En cuanto a la exigencia de un requisito formal, sí que la Ley 41/2003 ha establecido que el patrimonio inicial y sus aportaciones siguientes se constituyan por medio de Escritura Pública, acudiendo al Notario que asesorará sobre las reglas de administración más convenientes, según las necesidades de la persona con discapacidad y los bienes aportados, o también por medio de resolución judicial en el caso ya analizado de una negativa de los padres o representantes a la constitución del mismo o aportaciones posteriores por un tercero con interés legítimo (art. 3.3. párr. 1.º) (36). Aunque este precepto sólo se refiere a la necesidad de forma solemne para la fase de constitución *ab initio* del patrimonio, téngase en cuenta que el artículo 4.1 de la Ley 41/2003 extiende a las aportaciones de bienes y derechos posteriores «*las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución*».

Señalar, en este punto, que el Notario comprobará que el *beneficiario* constituyente directo de su propio *patrimonio protegido* o, en su caso, las personas autorizadas para dotarle del mismo, acrediten y aporten el certificado oficial de discapacidad de aquél. Si se acude a la resolución judicial será delante del Juez ante quien haya que certificar la obtención de ese grado de minusvalía física o psíquica.

(36) Reiteramos, en este punto, nuestra opinión de que también puede ser constituido judicialmente en la sentencia de incapacitación y en las medidas cautelares sobre la persona y acerca del patrimonio del presunto incapaz.

Necesariamente la escritura pública o la decisión judicial de constitución del *patrimonio protegido* contendrá los siguientes aspectos (art. 3.3):

- a) El inventario de los bienes y derechos que constituyan el patrimonio inicial protegido.
- b) Las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, con la inclusión de los procedimientos de designación de los administradores o fiscalizadores del *patrimonio protegido* (37), lo que releva de que en ese momento esté ya designado el administrador.
- c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.
- d) También entendemos que, a pesar del silencio de la Ley 41/2003 sobre este punto y conforme a lo establecido en el artículo 633 del Código Civil, deberá constar en este acto la aceptación del discapacitado o de su representante legal en el caso de aportación de bien inmueble.

Como toda aportación (que no deja de ser una donación pura), ya sea inicial o posterior, ya sea de bien mueble, inmueble o derecho, debe elevarse a escritura pública, según su artículo 3.3, esta previsión supone introducir en nuestro Ordenamiento un supuesto más de forma *ad solemnitatem* añadido al comentado de la donación de bien inmueble del artículo 633 del Código Civil, como es la donación (aportación inicial o posterior) al *patrimonio protegido*.

Finalmente, y acerca de la clase de bienes o derechos o equivalentes que pueden configurar una aportación inicial o posterior a este *patrimonio protegido*, recogemos en este punto los consejos que CERMI (*Comité Español de Representantes de Minusválidos*) y la Fundación *Aequitas* (38) ofrecen en cuanto a las distintas estrategias —que pueden acumularse— en la constitución del *patrimonio protegido*. Así:

- a) Patrimonio de gasto, para proporcionar a los discapacitados el numerario suficiente, y constante, de rentas disponibles para atender sus necesidades normales, como si fuera una pensión alimenticia y así le asegure un determinado nivel y modo de vida, dinero, bienes de consumo, la asistencia personal o cuidados de terceros títulos valores, uso de muebles e inmuebles, derechos de arrendamiento. El desembolso económico resulta el más idóneo para dotar al discapacitado rentas para gastar y, en su caso, posibilitar su ahorro por medio de

(37) Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5.

(38) Documento *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Su régimen fiscal*, 6 de abril de 2004.

seguros de vida, renta vitalicia, contratación de planes de pensiones o figuras asimiladas, y

- b) Patrimonio de ahorro, para dotarle de la titularidad —uso y disfrute— de un patrimonio perdurable que le ofrezca autosuficiencia económica (dominio, derechos reales de goce y disfrute sobre bienes normalmente inmuebles o grandes cantidades de capital en dinero). El dotarle con vivienda le asegura al discapacitado un domicilio o, en su caso, obtener frutos civiles con su puesta en alquiler.

7. SU ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN

La Ley 41/2003 ha previsto un régimen distinto de administración y de gestión del *patrimonio protegido*, según éste haya sido constituido por el propio *beneficiario*, por sus padres o representantes, o por un tercero con interés legítimo (*tercero constituyente*).

Si lo creó el propio *beneficiario*, se administrará y se gestionará por las reglas que consten en el título constitutivo recogido en el documento público (art. 5.1) (39). En él se habrá establecido que el administrador sea el propio beneficiario, o bien que éste confíe el cargo a terceras personas o a instituciones sin ánimo de lucro especializadas en la gestión de este tipo de patrimonios.

Si se constituyó por una de esas personas distintas del *beneficiario* (padres, tutores, curadores, guardador de hecho o *tercero constituyente*), la Ley 41/2003 (art. 5.2) obliga a que las reglas de administración recogidas en el título constitutivo prevean expresamente que el administrador designado (que puede ser cualquiera de ellos, una tercera persona o una de esas instituciones especializadas), necesite de la autorización judicial en los mismos casos que la requiere el tutor respecto de actos relacionados con los bienes del tutelado (que no son otros que los expresamente recogidos en los arts. 271 y 272 del Código Civil) (40). No obstante, se permite que el Juez, a instancia del

(39) «Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución».

(40) El administrador, tras la remisión que el legislador hace a nuestro Código, necesitaría autorización para disponer a título gratuito de bienes o derechos que se integran en el patrimonio; enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios; celebración de contratos o actos que tengan carácter dispositivo y que sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones; renuncia sobre derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el *patrimonio protegido* estuviese interesados; gastos extraordinarios en los bienes que lo integran; demandar en nombre del beneficiario, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; en la cesión de bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; o para dar y tomar dinero a préstamo.

Ministerio Fiscal y siempre éste requerido por el constituyente del patrimonio o por quien sea su administrador, pueda flexibilizar en cualquier momento —bien al constituirlo o bien posteriormente— *«la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza»* (art. 5.3).

Debe subrayarse que, tras permitir la Ley 41/2003 que el curador constituya el *patrimonio protegido*, e incluso para nombrarse administrador del mismo, la remisión que genéricamente esta normativa hace a los artículos 271 y 272 del Código Civil para que todo administrador del patrimonio no constituido por el propio discapacitado-*beneficiario* (entre los que puede estar el curador) reúna la autorización judicial para los actos allí relacionados, supone indirectamente introducir otra reforma más a la institución de la curatela en nuestro Derecho, hasta ese momento sólo destinada al complemento o asistencia del curatelado en aquellos actos que exclusivamente le señale la sentencia incapacitadora.

La necesidad de reunir esa autorización judicial para la validez de ciertos actos a celebrar por el administrador, en cambio la excluye expresamente la Ley 41/2003 (art. 5.2, párr. 2º) para el caso de que *«el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente»*. Esta excepción hace que, a nuestro juicio, esa autorización no sea necesaria sólo en el caso de que el *beneficiario-discapacitado* sea a la misma vez administrador de su *patrimonio protegido*, sino también en el supuesto de haber designado el beneficiario para ese cargo a una tercera persona física o jurídica. Creemos, en este sentido, que si el discapacitado reúne la capacidad de obrar suficiente para constituir su patrimonio, también la tiene para decidir autónomamente lo que le conviene sobre la administración y gestión del mismo.

En caso de realizarse el acto o negocio, cuando la requiera, sin autorización judicial, entendemos que el acto será nulo de pleno derecho al encajarse dentro del mandato del artículo 6.3 del Código Civil cuando establece que *«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*.

También debe ser aplicado a la gestión del administrador de un *patrimonio protegido* constituido por persona distinta del *beneficiario*, la rescisión de aquellos contratos que pueden celebrar sin necesidad de autorización judicial, *«siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos»*, como recoge el artículo 1291.1 del Código Civil.

La Ley 41/2003 hace un especial reconocimiento del administrador de un *patrimonio protegido* constituido por persona distinta del *beneficiario*, pues

le otorga la condición de representante legal del discapacitado para todos los efectos relativos a los bienes y derechos integrados en el *patrimonio protegido*, y advierte que «no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia» (art. 5.7).

Aunque en un primer momento del tenor literal del artículo 5.7 («*El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste...*»), pudiera desprenderse que también tendría la consideración de representante legal, el administrador nombrado por el beneficiario constituyente de su propio patrimonio, esta interpretación debemos rechazarla porque nadie puede arrogarse la representación legal de quien no está incapacitado, crea además su patrimonio, y decide no administrarlo directamente, sino a través de un tercero o terceros, quien, por otra parte, no deja de ser un representante directo o indirecto suyo.

También la Ley 41/2003 prohíbe expresamente ocupar el cargo de administrador del *patrimonio protegido*, con independencia de quien lo haya constituido, a «*las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables*» (art. 5.7), lo que es una remisión directa a lo que señalan los artículos 243 a 245 de nuestro Código Civil acerca de quienes no pueden ocupar el cargo de tutor.

Si la administración se hubiera encomendado a los padres del *beneficiario* que ejerzan la patria potestad por tratarse de un menor de edad no emancipado o siendo ya mayor por haberse prorrogado la misma, el ejercicio del cargo de administrador estará sujeto a la normativa propia de ésta (arts. 154 y sigs. del Código Civil) (41).

También las normas de la tutela o curatela se aplicará a los tutores o curadores que tengan encomendada la administración del *patrimonio protegido* de su tutelado-curatelado-*beneficiario* del mismo, y, por extensión, al administrador que es su guardador de hecho. En general, sobre la administración y la gestión de ese *patrimonio*, y ante el silencio que ofrece la Ley 41/2003, creemos que le serían aplicables las siguientes reglas de nuestro Código Civil en sede de tutela, y especialmente las que dedica al tutor que se encarga, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, sólo de sus bienes (arts. 235 y concordantes del Código Civil). Así:

- La actuación del administrador se ejercerá siempre en beneficio del discapacitado (art. 216 del Código Civil).

(41) Respecto de la administración de los padres hubiera sido correcta una remisión específica al artículo 166 del Código Civil.

- El administrador que, en el ejercicio de su función, sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes del tutelado, de no obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 del Código Civil).
- Se prohíbe que el administrador reciba liberalidades del beneficiario discapacitado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión; también le está vetado el representar al discapacitado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; así como queda impedido para adquirir a título oneroso bienes del discapacitado o transmitirle bienes por igual título (art. 221 del Código Civil).
- Si no hubiera administrador designado o, habiéndolo, no acepta el cargo, pueden ser llamados a la administración, y por el orden que establece, las personas designadas en el artículo 234 del Código Civil (42). Especialmente, esta disposición sería aplicable en el caso de que el Juez ordenara la constitución del patrimonio en medidas cautelares sobre el patrimonio del discapacitado presunto incapaz o en la sentencia de incapacitación, aunque siempre le cabe designar a quien por sus relaciones con el discapacitado, y en beneficio de éste, considere más idóneo.
- En cuanto a la retribución a percibir por el administrador del *patrimonio*, si no se hubiera fijado en las reglas de administración o si no hubiera renuncia expresa de aquél para cobrarla, se aplicará el artículo 274 del Código Civil cuando dispone que «*El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes*».
- También extinguido el *patrimonio protegido*, o en caso de cese o renuncia en el cargo de administrador, y ante el silencio que la Ley 41/2003 guarda sobre las reglas de su administración, entendemos que podrá exigirse al administrador saliente la rendición de cuentas a que se refiere el artículo 279 del Código Civil cuando señala que «*al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogable por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa*».

(42) También vid., en este punto, los artículos 223 a 225 del Código Civil.

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo». El contenido de los artículos 280 a 285 del Código Civil también le sería exigible (43).

Esta serie de disposiciones de nuestro Código serían aplicables, no sólo a los tutores-curadores-guardador de hecho que administren el *patrimonio protegido* del discapacitado incapacitado o presuntamente incapacitado, sino especialmente en el caso de constituirse por decisión judicial.

En otro orden de cosas, el artículo 8.1 de la Ley 41/2003 dispone que el nombramiento de administrador que tiene la condición de representación legal del discapacitado en cuanto los actos de administración de los bienes y derechos que integran el *patrimonio protegido* (art. 5.7) (44), se haga constar en el Registro Civil. Con esta previsión legal, allí debería inscribirse todo administrador del mismo salvo, por los argumentos ya apuntados, la administración que se encarga del *patrimonio* constituido por el propio beneficiario.

Puede ocurrir también que no se hubiera previsto el nombramiento de administrador en la constitución del *patrimonio* por el propio beneficiario o persona diferente (padres, tutores, curadores, guardadores o terceras personas), o que previsto no hubiera ocupado aún el cargo o hubiera renunciado o fuera removido. Para estos supuestos, la Ley 41/2003 reserva la superior decisión al Juez competente para que provea las medidas que, en orden a su nombramiento, estime oportunas, siempre a solicitud del Ministerio Fiscal (art. 5.6).

Debe reseñarse en este punto, la posible coexistencia de varios administradores sobre el patrimonio general del discapacitado incapacitado. Así, por una parte, estaría el tutor que por ministerio de la ley tiene encomendada

(43) Artículo 280: «*Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, el Juez oírà al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial, a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos*».

Artículo 281: «*Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del que estuvo sujeto a tutela*».

Artículo 282: «*El saldo de la cuenta general devengará interés legal a favor o en contra del tutor*».

Artículo 283: «*Si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes*».

Artículo 284: «*Si es en contra del tutor, devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta*».

Artículo 285: «*La aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o sus causahabientes por razón de la tutela*».

(44) Recordemos que, como ya hemos apuntado, no lo tendría en el caso de administración del patrimonio protegido constituido por el discapacitado con capacidad de obrar suficiente.

la administración de su patrimonio; por otra, el administrador nombrado para gestionar específicamente el posible *patrimonio protegido*; pero también, si se hubieran deslindado —como prevé el art. 236 del Código Civil— las funciones de tutor del patrimonio y tutor de la persona del tutelado, se nombraría un tutor para gestionar el patrimonio del incapacitado; y, a mayor abundamiento, cabe también que en la práctica se nombrara un cuarto administrador patrimonial, como sería aquél que tiene encargado, por la persona que realiza la atribución, el gestionar aquella serie de bienes dispuesta a título gratuito a favor del tutelado, cuando la aportación se haya querido hacer al margen de la figura del *patrimonio protegido*, y sí, en cambio, por la vía permitida en el artículo 227 del Código Civil (45).

En cuanto al modo de gestionarse el *patrimonio protegido*, éste queda encomendado a la actuación del administrador, y a la superior decisión del órgano supervisor que se ha previsto en la Ley 41/2003, pero tanto una como otra quedan sujetas al mandato legal de que «*todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido*» (art. 5.4) (46). Este destino legal de los bienes, que no afección, podría dar lugar a la impugnación del acto o negocio jurídico que no responda al mismo, bien por el propio discapacitado-beneficiario constituyente del patrimonio cuando su administrador lo celebre o realice, o bien, por las terceras personas autorizadas por la Ley 41/2003 para constituirlo, cuando lo lleve a cabo el administrador nombrado, y siempre cabe que, finalmente, el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, revoque el acto de administración del *patrimonio* contrario a ese destino realizado y celebrado por el propio discapacitado-beneficiario del mismo que obre como administrador (art. 7.1) (47).

A efectos del régimen de administración y de gestión de este patrimonio, sí debe tenerse en cuenta la limitación que, sobre la disposición de los bienes aportados, hace la Ley 41/2003, al obligar la permanencia en el *patrimonio*

(45) Este precepto dispone que: «*El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor*».

(46) Se recoge también que no será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el *patrimonio*, y no le será, por tanto, de aplicación el título XI del Libro III de la LEC (art. 5.2, párr. 3.º).

(47) Pues este precepto autoriza al Ministerio Fiscal a instar siempre del Juez «lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del *patrimonio protegido* o cualquier otra medida de análoga naturaleza. El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona».

protegido del discapacitado de los bienes aportados, iniciales o posteriores, al menos cuatro años más al de la aportación realizada. Si se dispusiera de los mismos, se penaliza con la devolución de los beneficios fiscales previstos en esta Ley, más los intereses de demora (art. 15.4) (48).

También cabe indicar, por el principio de subrogación real, que los bienes y derechos que salgan del patrimonio como consecuencia de su administración y gestión serán sustituidos por los que se ingresen en régimen de contrapartida.

Finalmente, y por su relevancia, debe destacarse el hecho de que el legislador no haya excluido expresamente el *patrimonio protegido* del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor discapacitado-*beneficiario* del mismo (art. 1.911 del Código Civil). Entendemos que para los fines de asistencia integral del discapacitado perseguidos por la Ley 41/2003, hubiera sido conveniente blindar los bienes y derechos integrantes del *patrimonio protegido*, de tal suerte que no tuvieran que responder por obligaciones nacidas de relaciones jurídicas ajenas a lo que es el patrimonio, con el fin de que este patrimonio no pudiera servir, por ejemplo, para asegurar hipotecas o para cualquier negocio jurídico ajeno a lo que son los objetivos de esta clase de patrimonio (49).

(48) A los efectos que nos interesan, su Exposición de Motivos (IX) resume con claridad que pretende el legislador penalizando fiscalmente la salida de los bienes del patrimonio protegido dentro de ese periodo: «*Por otro lado, la ley se ocupa de las consecuencias fiscales derivadas de la realización de actos de disposición de los bienes o derechos integrantes del patrimonio protegido cuando tales actos de disposición se realicen en el plazo comprendido entre el período impositivo de la aportación y los cuatro siguientes, distinguiendo en función de la naturaleza jurídica del aportante. De este modo, si quien realizó las aportaciones al patrimonio protegido del discapacitado fue un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dicho contribuyente vendrá obligado a integrar en la base imponible del período impositivo en que se produzca el acto de disposición, las cantidades reducidas en la base imponible correspondientes a las disposiciones realizadas más los intereses de demora que procedan. Si las aportaciones al patrimonio protegido fueron realizadas por un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, éste habrá de ingresar en el período impositivo en que se produce la disposición, la cantidad deducida en la cuota en el período impositivo en que se realizó la aportación. En ambos casos, el titular del patrimonio habrá de integrar en su base imponible correspondiente al período impositivo en que se produce la disposición, la cantidad que hubiera dejado de integrar en el período impositivo en que recibió la aportación. Esta obligación se traslada al trabajador cuando la aportación la hubiera realizado un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades al patrimonio protegido de un pariente de aquél*».

(49) Sobre este punto, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ (*ob. cit.*, pág. 46), quien se refiere a una enmienda presentada por el PSOE al proyecto que originó la Ley 41/2003, en la que se decía que «los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado». También este autor analiza varias fórmulas para que el patrimonio protegido quede a salvaguarda de la aplicación del principio del artículo 1.911 del Código Civil, especialmente en el caso de concurso del incapacitado (págs. 49 y sigs.).

8. LA EXTINCIÓN DE ESTE PATRIMONIO SINGULAR

La Ley 41/2003 ha pasado a fijar una serie de causas de extinción del *patrimonio protegido*, y a establecer a continuación el destino que, en ese caso, habría que dar a los bienes y derechos que lo integraban. Como supuestos de extinción, y consiguiente destino del patrimonio residual se han determinado los siguientes (art. 6):

1.º Muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario. En ambos supuestos, el *patrimonio protegido* pasaría, en principio, a integrar la herencia del discapacitado (arts. 6.1 y 2).

2.º Dejar el *beneficiario* de padecer una minusvalía en los grados establecidos por el artículo 2.2 de la Ley, en cuyo caso los bienes o derechos que lo integraban pasarían a formar parte de su patrimonio general, pues dispone que, en ese supuesto, el discapacitado «*seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetaándose a las normas generales del Código Civil o de Derecho Civil, Foral o Especial, que, en su caso, fueran aplicables*» (art. 6.2).

3.º Por decisión judicial a instancias del Ministerio Fiscal, cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad, en cuyo caso los bienes o derechos residuales pasan a engrosar su patrimonio (art. 7.1) (50).

La Ley 41/2003 no ha previsto, en cambio, como causa de extinción del *patrimonio protegido* constituido en su día directamente por el discapacitado que era capaz cuando lo creó, que se proceda ahora a su incapacidad judicial. Ante este silencio legislativo, entendemos que el Juez competente será quien decida al respecto, pero tomando en cuenta la posibilidad de que el discapacitado en el título de la constitución del patrimonio haya previsto esta posibilidad y hubiera dado instrucciones al respecto. Desde el mismo momento de iniciarse el procedimiento, el Juez podrá decretar el mantenimiento del patrimonio constituido en su día con nuevas normas de administración, o incluso con las mismas si el administrador fuera persona distinta del ahora incapacitado. Creemos que en todo caso el nuevo administrador, que puede tratarse o no del tutor o curador nombrado para la representación del incapacitado, debe siempre reunir la autorización ju-

(50) El artículo 7.1 dispone que: «*La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza*».

dicial para los casos señalados por los artículos 271 y 272 del Código Civil (art. 5.2 de la Ley 41/2003).

Ese destino final de los bienes o derechos que integraban el *patrimonio* puede sufrir alteración si, como advierte el artículo 6.3 (51), el aportante inicial o posterior de los mismos hubiera previsto uno distinto para el caso de extinción, pues la Ley 41/2003 permite que *«al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido»*, y siempre que esos bienes o derechos no se hayan consumido en interés del *beneficiario* (art. 4.3). Por ejemplo, un tío del discapacitado podrá aportar un piso al *patrimonio protegido*, haciendo constar que cuando fallezca su sobrino el piso volverá a su patrimonio o al de sus herederos.

Si *«no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes»*, la Ley 41/2003 ordena que se les dé otra, *«lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones»* (art. 6.3, párr. 2.º). Estimamos que este destino alternativo queda en manos del Juez competente, oído siempre el Ministerio Fiscal, como puede ser el atribuirlos a instituciones protectoras de discapacitados.

Depárese, por último, que no se ha fijado como causa de extinción del *patrimonio protegido* una posible insolvencia del mismo (52).

9. CONTROL Y SUPERVISIÓN

Al tratarse de un patrimonio protegido y favorecido fiscalmente, la Ley 41/2003 establece el control y supervisión de su administración por el Ministerio Fiscal, a quien el administrador deberá rendir cuentas de su gestión, incluso aún cuando este cargo lo ocupe el *beneficiario* discapacitado que lo constituyó en su día.

En aras de la eficacia de este control, el Ministerio Fiscal, de oficio o a solicitud de cualquier persona, supervisará especialmente que la administración del *patrimonio protegido* sea conforme a las reglas específicamente

(51) Este precepto señala que el destino legal de los bienes y derechos fijado en el artículo 6.2 se entiende *«sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera de darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta ley»*.

(52) Sobre este punto, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ (*ob. cit.*, pág. 46), quien se refiere a una enmienda presentada por el PSOE al proyecto que originó la Ley 41/2003, en la que se incluía como causa de extinción: *«situaciones de insolvencia que hayan dado lugar a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación»*.

previstas por el constituyente del patrimonio. Para ello se servirá de dos controles (art. 7):

- a) Una supervisión permanente y general de la administración del *patrimonio protegido*, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle, quien rendirá cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste, y en todo caso anualmente, mediante «la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen» o la documentación adicional, y cuantas aclaraciones que sobre su gestión le solicite el Fiscal. Quedan relevados de esta obligación tanto el *beneficiario* constituyente como sus padres cuando, indistintamente, ocupen el cargo de administrador. Aunque en el caso de los padres, pensamos que, respecto de su gestión del patrimonio protegido del menor discapacitado-*beneficiario*, no quedan relevados del mandato del artículo 168 del Código Civil acerca de la obligación de, acabada la patria potestad o la patria potestad prorrogada, rendir cuentas, y a solicitud del hijo, de la administración que han hecho de sus bienes, entre los que figura, especialmente, su *patrimonio protegido*.
- b) Una supervisión especial cuando las circunstancias concurrentes lo hicieran preciso, pudiendo solicitar del Juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad.
- c) Siendo oído en todas las actuaciones judiciales —aunque no sean instadas por él de oficio— que afecten al *patrimonio protegido*.

En apoyo de esta labor inspectora que tiene encomendada el Ministerio Fiscal, la Ley 41/2003 crea la *Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y en la que participan, dada la importancia y la especialización que sus funciones requieren, representantes de las asociaciones más señaladas de los diferentes tipos de discapacidad (art. 7.3).

Mediante el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, *por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, se ha perfilado la misma, pero llama la atención la no previsión de intervención del Ministerio Fiscal ni del Consejo General del Notariado, lo que resulta extraño, dado que representan a los funcionarios encargados de velar por la protección de la persona con discapacidad, tanto en la constitución, modificación y extinción de cada patrimonio protegido (53).

(53) Resulta de interés recoger en este punto las funciones que para esa Comisión ha previsto el citado Real Decreto. Así: a) El auxilio, apoyo y asesoramiento al Ministerio

Se nos antoja excesivo e intervencionista este control tanto por el Ministerio Fiscal como por la citada Comisión, especialmente en el caso de que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente, pues, a no ser por la vigilancia de los beneficios fiscales, debería regir el máximo respeto posible a su autonomía de la voluntad.

10. PUBLICIDAD Y BENEFICIOS FISCALES. CONCLUSIÓN

La Ley 41/2003 (art. 8) ha previsto una medida de publicidad registral que consideramos acertada al exigir que los bienes registrables que se integren en un *patrimonio protegido* se hagan constar en el registro correspondiente (Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, etc.) (54).

En el caso de tratarse de «participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad» (art. 8.2, párr. 2º).

El nuevo titular de un bien o derecho que anteriormente estuviera integrado en un *patrimonio protegido*, podrá —según dispone el art. 8.3— solicitar la cancelación de esas menciones. Entendemos que hubiera sido aconsejable

Fiscal en el ejercicio de las funciones de supervisión encomendadas a éste en relación con la administración del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad, reguladas en el artículo 7 de la Ley 41/2003; b) El apoyo al Ministerio Fiscal en cualquier actuación judicial relativa al *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad; c) El asesoramiento al Ministerio Fiscal en el examen de la rendición de cuentas de gestión del administrador del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad, de la relación de gestión y del inventario de los bienes y derechos que formen parte del reiterado patrimonio; d) La colaboración con el Ministerio Fiscal para el requerimiento de documentación adicional que se estime pertinente al administrador del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad; e) La emisión de informe en cuantos asuntos con relación a la administración del *patrimonio protegido* de las personas con discapacidad le sean requeridos por el Ministerio Fiscal; f) Auxiliar al Ministerio Fiscal en sus funciones recabando el asesoramiento de carácter técnico en los asuntos que estime necesario a entidades públicas o privadas; g) Elaborar una memoria anual sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que será elevada, para conocimiento, al Consejo Nacional de la Discapacidad; h) Proponer al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos prácticos sobre la legislación patrimonial de las personas con discapacidad que contribuyan a guiar y a orientar a sus eventuales beneficiarios; i) Podrá ser consultada sobre cualquier iniciativa normativa que tenga incidencia en el ámbito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad; j) Efectuar estudios e investigaciones que redunden en la mejora de los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de dichas personas, así como proponer las actuaciones necesarias para la promoción y ordenación de aquéllos y elevar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales las propuestas que consideren convenientes.

(54) Así el dominio de un bien inmueble o de un derecho real que pese sobre el mismo se registrará en el Registro de la Propiedad.

prever la obligatoriedad de la cancelación del respectivo asiento registral, también en el caso de extinción del *patrimonio protegido*, especialmente cuando el bien no sale del patrimonio general del beneficiario.

Finalmente, ni la Ley 41/2003 ni la regulación que por el Real Decreto 177/2004 se ha hecho de la llamada *Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, han previsto que se lleve un *Registro especial de patrimonios protegidos*, lo que, por otra parte, hubiera coadyuvado necesariamente a la seguridad y publicidad de este patrimonio singular con indudables efectos frente a terceros (55).

En cuanto a los efectos fiscales del *patrimonio protegido*, materia que exceda del enfoque meramente civilista de este trabajo, debe simplemente reseñarse, por su implicación indudable en el propio patrimonio, que la Ley 41/2003 ha tenido muy en cuenta la consideración de carga pública irrenunciable de la asistencia del discapacitado y ha diseñado un tratamiento fiscal muy favorable para el mismo. En dicha línea, la Ley prevé una serie de medidas para favorecer fiscalmente tanto al discapacitado titular del *patrimonio protegido* como las aportaciones iniciales o posteriores que terceros hagan a título gratuito a los patrimonios protegidos (56).

Así, en la fiscalidad del *patrimonio protegido* no hay retención alguna ni ingreso a cuenta, y se aplica el Impuesto de Donaciones en la parte que exceda de las exenciones. En cuanto a los límites a los beneficios fiscales, se ha previsto tanto un límite individual por cada aportante de 8.000 euros anuales (57), y un límite para el conjunto de aportantes al establecer que las reducciones practicadas por el conjunto de aportantes relativos a un mismo *patrimonio protegido*, no podrá exceder de 24.250 euros anuales. Si resultaran excesos, éstos podrán aplicarse a los cuatro ejercicios siguientes. De este tratamiento fiscal favorable para discapacitados y aportantes resulta que sólo habrá tributación si se aportan a esta clase de patrimonios bienes de considerable valor, sumas importantes de dinero o si la persona con discapacidad presenta ingresos considerables.

Estos beneficios fiscales podrán ampliarse por las Comunidades Autónomas sobre aquellos impuestos en los que tienen competencia, como son los impuestos sobre sucesiones y donaciones y sobre el patrimonio.

(55) Sí que en el Anteproyecto, la Comisión tenía encargada por el Anteproyecto de Ley llevar el *Registro de Patrimonios Protegidos*, pero finalmente la Ley no consideró oportuno su creación.

(56) Un estudio específico sobre estos aspectos fiscales que presenta la Ley 41/2003 puede verse en RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M. J.-RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., *ob. cit.*, págs. 1 y sigs., y LUCINI NICAS, J. A., *ob. cit.*, págs. 1621 y sigs.

(57) Para el beneficiario de estas aportaciones tendrán consideración de rendimiento de trabajo en la misma medida en la que dan derecho a deducción, es decir, hasta un máximo de 8.000 euros anuales. No obstante, se declara exenta una cantidad equivalente al doble del salario mínimo interprofesional. Además, este rendimiento de trabajo no estará sujeto a retención.

Como conclusión o cierre de nuestra aportación, debemos valorar muy positivamente, por tratarse de una medida legislativa oportuna y necesaria y a pesar de los errores o lagunas que presenta, el diseño por esta Ley 41/2003 de un *patrimonio protegido* para el discapacitado, pues garantiza a su *beneficiario* la disposición de medios económicos para su asistencia y sustento.

Este juicio positivo no impide advertir a las autoridades e instituciones con competencia en la obligación pública prioritaria de asistir al discapacitado, el hecho de que este colectivo de los discapacitados reúne muchas personas afectadas que ni presentan patrimonio, ni, lo que es peor, capacidad o expectativas para constituirlo en un futuro (58). De ahí que haya que esperar con inusitado interés, aparte del desarrollo reglamentario de la Ley 41/2003, el comprobar cómo se articula lo que se anuncia como uno de los grandes objetivos legislativos para el presente curso político: la creación de un *Sistema Nacional de Atención a Personas Dependientes*, y, muy especialmente, en qué medida su regulación complementará o colisionará con la legislación que ha sido objeto de nuestro estudio (59).

Como cierre, y de *lege ferenda*, coincidimos con la opinión que sustenta una urgente creación de juzgados especializados en incapacitaciones, que lograrían velar junto a Notarios y Ministerio Fiscal, no sólo por el ajuste a la legalidad de la constitución, modificación y extinción del *patrimonio protegido* del discapacitado, sino también aprovechar esta reforma en el sistema judicial para lograr la humanización del procedimiento de incapacitación, con la gratuidad total del procedimiento y descargar a la familia de la responsabilidad de su denuncia al hacerla recaer en profesionales (60).

JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

(58) Vid. *Informe 4/2003 sobre el Anteproyecto de 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* (aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 26 de marzo de 2003).

(59) Se pretende configurar la dependencia como un derecho universal de todos los ciudadanos a ser atendidos en situaciones de discapacidad. Este derecho se protegería con independencia de los recursos de la persona dependiente o de su familia y originaría una pluralidad de prestaciones económicas y asistenciales. La ley fijaría al respecto un catálogo de prestaciones básicas, entre otras, la ayuda a domicilio, la teleasistencia, los centros de día o las residencias, así como prestaciones socio-sanitarias.

(60) Conclusiones de las *Jornadas sobre la nueva legislación en el ámbito de la discapacidad: La Ley de protección de las personas con discapacidad, Ley de igualdad de oportunidades y Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica el Código Penal*, 27, 28 y 29 de octubre, Valencia, Consejo General del Poder Judicial y Fundación Notarial Aequitas.