



UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas

Departamento de Derecho Privado

**EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
ANÁLISIS SISTEMÁTICO**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR:

Patricia Escribano Tortajada

DIRIGIDA POR:

Dr. D. Luis Martínez Vázquez de Castro

Dra. D^a. Iciar Cordero Cutillas

Castellón, junio de 2009

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I: TEORÍA GENERAL DEL PATRIMONIO	23
I. CONSIDERACIONES GENERALES	25
II. CONCEPTO JURÍDICO DE PATRIMONIO	27
III. CARACTERES DEL PATRIMONIO	29
1. Valoración económica	29
2. Legalidad	30
3. Unidad e identidad.....	30
4. Intransmisibilidad	32
5. Instrumentalidad	34
6. Estructura.....	35
IV. LAS FUNCIONES DEL PATRIMONIO	35
1. Consecuencias de las funciones del patrimonio.....	38
1.1. <i>El deber de conservar el patrimonio o la solvencia del mismo</i>	38
1.2. <i>Poderes o protección específica de los acreedores</i>	39
V. LAS TEORÍAS DEL PATRIMONIO	40
1. Teoría personalista.....	40
2. Teoría objetiva.....	41
3. Teoría moderna.....	42
VI. CONTENIDO DEL PATRIMONIO	43
1. Bienes y derechos	44
2. Las deudas del patrimonio	48
VII. TIPOS DE PATRIMONIO	50
1. Patrimonio personal.....	52
2. Los patrimonios autónomos.....	54
2.1. <i>Características de los patrimonios autónomos</i>	55
2.1.a) Régimen específico de responsabilidad por deudas	56
2.1.b) Medidas de protección con relación a terceros	57
2.1.c) Relevancia del fin o destino	58
2.1.d) Régimen de administración y gestión específicos.....	58
2.2. <i>Características específicas de los nuevos patrimonios autónomos</i>	59
2.3. <i>Tipos de patrimonios autónomos</i>	61
2.3.a) Patrimonio con titular interino	61
2.3.b) Patrimonio de destino o patrimonio afecto a un fin	65

2.3.c) Patrimonios colectivos	67
2.3.d) Patrimonio separado.....	70
CAPÍTULO II: CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	75
I. CONSIDERACIONES GENERALES	77
II. MODELOS EXPLICATIVOS DE LA DISCAPACIDAD.....	78
1. Modelo de prescindencia	79
2. Modelo médico	80
3. Modelo social.....	81
III. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL PLANO CIENTÍFICO	83
1. La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.....	83
2. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)	85
IV. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL PLANO DEL DERECHO INTERNACIONAL	88
V. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	90
1. Ámbito Social y laboral	91
2. El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.....	95
VI. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA.....	96
VII. CAPACIDAD, DISCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN.....	98
1. Consideraciones previas relativas a la capacidad.....	98
2. Discapacidad e incapacitación judicial	101
3. La acreditación de la discapacidad.....	106
4. Consideraciones sobre la necesidad de coordinar la vía administrativa y la vida judicial	109
CAPÍTULO III: EL ENCAJE LEGAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	113
I. LA ELABORACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	115
1. Consideraciones iniciales.....	115
2. La proposición no de Ley, sobre el marco jurídico de protección patrimonial del minusválido.....	117
3. La Propuesta de Ley reguladora del Estatuto Patrimonial del Discapacitado y la regulación del Patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.....	119
4. La Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003	123
5. La reforma de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad	127
II. CAUSAS QUE MOTIVARON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	129
1. Desarrollo de la medicina y nuevas formas de discapacidad	129
2. Cambio de la estructura social con relación a la familia.....	130
3. Reivindicaciones de los colectivos de personas con discapacidad y aumento de su autonomía de la voluntad	132
4. Evolución del Derecho privado. Entre el papel de lo público y lo privado.....	133
III. FINALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.....	134

IV. CONCEPTO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	137
1. Objeto del patrimonio protegido.....	137
2. El concepto de necesidades vitales de las personas con discapacidad.....	139
3. Configuración del patrimonio protegido: patrimonio de ahorro y patrimonio de gasto.....	142
4. Régimen jurídico del patrimonio protegido	144
V. CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	146
1. Creación por ley.....	148
2. ¿Patrimonio de destino?.....	149
3. Régimen de administración y gestión específicas.....	150
4. Patrimonio separado	151
5. Subrogación real	151
6. No posee personalidad jurídica.....	152
7. Duración limitada	155
8. Extinción sin liquidación	155
VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DEL DISCAPACITADO	156
1. El patrimonio protegido de la persona con discapacidad: ¿es un verdadero patrimonio?.....	157
2. ¿Patrimonio de destino o patrimonio separado?	159
2.1. Consideraciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica del patrimonio protegido	163
3. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad y la responsabilidad universal patrimonial	165
3.1. La responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 Cc: ¿es necesaria su flexibilización?	167
3.2. El problema de la responsabilidad en el patrimonio protegido.....	174
3.2.a) Responsabilidad solidaria de los patrimonios	177
3.2.b) Responsabilidad subsidiaria de los patrimonios.....	178
3.2.c) Incomunicación de deudas entre patrimonios	180
VII. ALTERNATIVAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	185
1. Aplicación del trust en nuestro Ordenamiento Jurídico	185
2. El <i>trust for disabled</i>	187
2.1. Semejanzas y diferencias con el patrimonio protegido de la persona con discapacidad	187
2.2. Dificultades de aplicación del trust en nuestro Ordenamiento Jurídico.....	190
3. Las sociedades unipersonales	192
CAPÍTULO IV: EL BENEFICIARIO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	195
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	197
II. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO BENEFICIARIA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	198
III. PLURALIDAD DE BENEFICIARIOS	203
IV. LAS PERSONAS MAYORES DE EDAD COMO BENEFICIARIOS DE LA LPPPD	206

CAPÍTULO V: LA CONSTITUCION DEL PATRIMONIO	209
I. CONSIDERACIONES GENERALES	211
II. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	215
1. La legitimación de la persona con discapacidad	215
1.1. <i>El concepto de capacidad de obrar suficiente</i>	216
1.2. <i>La apreciación de la capacidad por parte del Notario</i>	220
1.3. <i>Posibilidad de constitución de un patrimonio protegido por un menor de edad</i>	224
1.4. <i>La constitución del patrimonio protegido a través del apoderamiento</i>	227
2. Legitimación de los representantes legales de la persona con discapacidad: padres y tutores.....	230
2.1. <i>Constitución por parte de los padres de la persona con discapacidad</i>	231
2.2. <i>Constitución del patrimonio protegido por parte del tutor</i>	233
3. Legitimación del curador de la persona con discapacidad	235
4. Legitimación del guardador de hecho	238
5. La constitución del patrimonio protegido por un tercero con interés legítimo	241
III. REQUISITOS FORMALES DE CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	248
1. El contenido del documento constitutivo	254
IV. EL DEBER DE COMUNICACIÓN DEL NOTARIO DE LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	255
CAPÍTULO VI: LAS APORTACIONES REALIZADAS AL PATRIMONIO	257
I. LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO	260
1. Personas que pueden realizar la aportación	260
2. Aportaciones realizadas por personas jurídicas	263
3. Bienes que pueden ser aportados	265
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	267
1. La gratuidad de las aportaciones al patrimonio protegido	267
2. Prohibición de aportaciones realizadas a término	270
CAPÍTULO VII: LA ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	275
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	277
II. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO: NOMBRAMIENTO Y CAUSAS DE REMOCIÓN DEL CARGO	281
1. La persona jurídica como administradora del patrimonio protegido.....	282
2. El nombramiento de administrador	284
3. La pluralidad de administradores.....	288
4. Constitución por la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente	291
5. Administración establecida por persona distinta al beneficiario del patrimonio protegido	293
5.1. <i>La autorización judicial para los actos de los arts. 271 y 272 Ce</i>	293
5.2. <i>La supresión del requisito de venta en pública subasta</i>	298

III. PROHIBICIONES PARA EJERCER EL CARGO DE ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	304
IV. LAS FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	308
1. La gestión del patrimonio protegido.....	308
2. Especial referencia a la representación legal del administrador: ¿representación legal o voluntaria? 313	
3. Retribución del administrador del patrimonio protegido	318
V. LAS OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	320
1. Actuar con la diligencia de un buen padre de familia.....	320
2. La rendición de cuentas sobre su gestión.....	321
3. Comunicar al administrador del patrimonio personal los actos que puedan tener incidencia en el mismo	322
4. Cumplir y respetar las normas contenidas en el documento constitutivo	323
VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	324
CAPÍTULO VIII: LA SUPERVISION DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	327
I. LA SUPERVISIÓN VOLUNTARIA	331
1. Nombramiento	331
2. Funciones.....	333
II. LA SUPERVISIÓN INSTITUCIONAL.....	335
1. El Ministerio Fiscal como garante de la protección de la persona con discapacidad. Sus funciones .335	
2. Competencia del Fiscal.....	340
III. LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	340
CAPÍTULO IX: LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO	343
I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	345
1. Muerte y declaración del fallecimiento de la persona con discapacidad	347
2. Pérdida de la condición de persona con discapacidad	349
3. Por decisión judicial	352
4. Vaciamiento del patrimonio protegido	354
5. Acuerdo de las partes.....	355
6. El patrimonio protegido y el concurso de acreedores	356
II. PLURALIDAD DE BENEFICIARIOS.....	359
III. RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS.....	360
IV. DESTINO DE LOS BIENES A LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	362
1. Destino de los bienes en caso de muerte o declaración de fallecimiento.....	362
2. Destino de los bienes en caso de que la persona con discapacidad pierda dicha condición	364
V. REVERSIÓN DE LOS BIENES	365
1. Concepto de reversión de la aportación.....	365
2. Requisitos para la procedencia de la reversión de la aportación.....	367

3. El problema de la sustitución fideicomisaria y el patrimonio protegido de la persona con discapacidad	371
4. Imposibilidad de aplicar la finalidad prevista	374
CAPÍTULO X: LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO	377
I. LA IMPORTANCIA DEL REGISTRO Y SU RELEVANCIA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO. LA INCIDENCIA DEL REGISTRO CIVIL CENTRAL	380
II. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL	384
1. Legitimación para la inscripción en el Registro Civil.....	387
2. Registro Civil competente.....	389
3. Procedimiento para la inscripción.....	389
III. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	394
1. Legitimación para la inscripción en el Registro de la Propiedad	394
IV. LA INSCRIPCIÓN EN OTROS REGISTROS.....	396
V. LA CANCELACIÓN REGISTRAL.....	398
VI. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR.....	400
CONCLUSIONES	403
JURISPRUDENCIA CITADA	415
BIBLIOGRAFÍA	419

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
Art	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPC	Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña
Cc	Código civil
CE	Constitución Española
CEF	Confederación Española de Fundaciones
CERMI	Comité Español de Representantes de Minusválidos
Cfr	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
CE	Constitución Española
Coord	Coordinador
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DSCD	Diario de sesiones del Congreso de Diputados
EDDES	Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud
Edit	Editorial

IMERSO	Instituto de mayores y servicios sociales
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LIONDAU	Ley de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad
LISMI	Ley de integración social de minusválidos
LPD	Ley de protección de datos
LPPPD	Ley de protección patrimonial de la persona con discapacidad
LRC	Ley del Registro Civil
MF:	Ministerio Fiscal
Nº.	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONCE	Organización Nacional de Ciegos de España
Op.cit.	Obra citada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PP	Patrimonio protegido
RCC	Registro Civil Central
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDCyP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RESP	Revista Española de Salud Pública
RRC	Reglamento del Registro Civil

RTDC	Revue trimestrielle de Droit civil
Ss	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T	Tomo
Vid.	Véase
Vol	Volumen

INTRODUCCIÓN

El año 2003 fue un año muy importante para las personas con discapacidad, porque fue declarado “Año Europeo de las Personas con Discapacidad”. En dicho marco, se promulga en nuestro país una norma de vital trascendencia para dicho colectivo: 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. Esta norma ha sido modificada por la 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, es un hito importante para el Derecho Civil que siempre se había mantenido relegado en un segundo plano en lo que respecta a la protección de las personas con discapacidad. Dicho amparo se confería por parte del Derecho Público, mientras que el Derecho Privado, únicamente regulaba la incapacitación de las personas que no podían gobernarse por sí mismas. Esta norma ha hecho que la rama del Derecho que propiamente se encarga de proteger a la persona en sí misma considerada, se sitúe en primera línea en la protección de las personas con discapacidad, estableciendo para ello un marco patrimonial propicio, a pesar de poseer lagunas considerables y de detectarse que en la práctica no se han conseguido los resultados esperados.

No obstante, esta norma ha creado una figura que puede ser muy útil en la práctica, cual es la del patrimonio protegido de la persona con discapacidad. Al mismo tiempo, se introducen interesantes modificaciones en el Código Civil, como la autotutela. En materia de Derecho de sucesiones, la posibilidad de gravar la legítima estricta de los herederos a favor de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente, o en materia contractual la regulación del contrato de alimentos. Además, introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que “el presunto incapaz” pueda instar su propia incapacitación. En materia tributaria, se realizan una serie de modificaciones en su normativa para conceder determinados beneficios fiscales a las personas que realizan aportaciones a los patrimonios protegidos.

A pesar de que la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, tiene lagunas considerables, y que una institución tan importante como ésta necesita de una reglamentación mucho más profusa de la que adolece en la actualidad, es una iniciativa digna de alabar. En primer lugar, hay que señalar que hay que aplaudir al legislador porque por primera vez se va a tener en cuenta en nuestro Ordenamiento Jurídico la voluntad de la persona con discapacidad siempre que sea posible. Tradicionalmente eran consideradas como ciudadanos de segundo grado, que tenían que estar sometidas a la vigilancia y control del Estado y de sus familias. Esta concepción ha ido desapareciendo gracias al transcurso del tiempo, y de la actuación de entidades supranacionales, organismos estatales, colectivos de personas con discapacidad, profesionales, y familiares que desde sus respectivos campos han propulsado y propiciado ese cambio de mentalidad. Fruto de ese cambio ha sido posible el nacimiento de la norma sobre la cual nos estamos pronunciando en estos momentos, y en particular de la creación del patrimonio protegido.

Como dispone el título de esta tesis, el objeto de la misma será el análisis de esta figura creada por la Ley de protección patrimonial, es decir, el “patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”. Es oportuno señalar que a nuestro juicio y con las modificaciones pertinentes, puede ser considerada una de las figuras jurídicas que mayor beneficio puede proporcionar a las personas con discapacidad.

Por lo que respecta al método de trabajo utilizado, se analizará cada uno de los artículos de la Ley que regula dicha institución de forma sistemática. Hemos prescindido de realizar un análisis desde una visión clásica o tradicional: es decir, elementos subjetivos, objetivos y reales, por considerar que sería más clarificador y sencillo analizar uno por uno y según lo ha dispuesto la norma, la regulación del patrimonio protegido. Por otro lado, es un hecho aceptado unánimemente que este patrimonio va íntimamente ligado a los beneficios fiscales que posee. No obstante, nuestro estudio se va a realizar exclusivamente desde la perspectiva del Derecho Civil, obviando el régimen fiscal del mismo, el cual por otro lado va a ser inminentemente modificado. En este sentido, hay que apuntar además, que hemos omitido el análisis del Derecho Comparado como suele realizarse al estudiar una institución jurídica, aunque se realizarán unos apuntes sobre Derecho Italiano, por considerar que el Derecho Español y en concreto el Derecho Civil, es lo suficientemente avanzado y eficaz, para dar solución a cualquier conflicto o

problema que requiera solución, sin necesidad de tener que “importar” instituciones jurídicas de otros Ordenamientos Jurídicos.

Entrando ya propiamente en la estructura, la tesis está dividida en diez capítulos, cada uno correspondiente a los diversos artículos de la Ley. No obstante, hemos considerado que era necesario antes de entrar propiamente en el estudio del patrimonio protegido dedicar los dos primeros capítulos a dos ámbitos distintos, pero que van íntimamente ligados en la norma. En el primer capítulo se trata el tema del patrimonio desde una visión general y doctrinal, estableciendo las diversas tipologías patrimoniales y sus características, con el fin de dilucidar la naturaleza jurídica del patrimonio protegido.

El segundo capítulo trata del concepto de discapacidad desde un ámbito multidisciplinar, en concreto desde la perspectiva médica y la jurídico-social. Para ello se analizarán los dos instrumentos elaborados por la Organización Mundial de la Salud en materia de discapacidad, mientras que desde el ámbito jurídico-social, se realizará un repaso de los modelos de conceptualización, y los textos normativos promulgados en nuestro Ordenamiento Jurídico que de un modo u otro han tratado dicho tema.

El análisis propiamente dicho del patrimonio protegido se centra en los capítulos tres a diez, que hacen referencia a los artículos uno a ocho de la Ley de protección patrimonial. En el capítulo III se estudia el encaje legal del patrimonio protegido en nuestro Ordenamiento Jurídico, detallando en un primer momento los precedentes legislativos de la norma, y las que consideramos a nuestro juicio, las causas de promulgación de la misma. A continuación se incide sobre la finalidad, concepto y características del patrimonio protegido, sobre todo en el tema de la naturaleza jurídica y la incidencia del principio de interés de la persona con discapacidad sobre el principio de responsabilidad patrimonial universal.

El capítulo IV estudia el beneficiario del patrimonio protegido, tanto la persona con discapacidad propiamente dicha como las personas mayores.

A continuación, el capítulo V versa sobre el complejo régimen de constitución de dicha masa patrimonial, y las lagunas existentes en esta materia. Se tratan básicamente dos aspectos: el primero es el relacionado con los sujetos legitimados para constituirlo, o

solicitar su constitución. El segundo de los temas tratados son los requisitos formales que ha de revestir.

Las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de la persona con discapacidad se estudian en el capítulo VI. En este caso como el anterior se tratan básicamente dos aspectos. Uno es el de las aportaciones propiamente dichas, es decir, los legitimados para realizarlas, así como los bienes que pueden ser aportados. En segundo lugar, se estudia el régimen jurídico aplicable a las mismas.

El capítulo VII incide sobre el complejo aspecto de la administración del patrimonio protegido. En este capítulo se trata básicamente la figura del administrador, su nombramiento, causas de remoción del cargo, funciones, obligaciones, y la responsabilidad en que puede incurrir en el ejercicio de sus funciones.

El capítulo VIII estudia la supervisión o control al que puede estar sometido el administrador del patrimonio protegido. Ya podemos apuntar que existen dos mecanismos de control: la supervisión institucional encomendada al Ministerio Fiscal que estará asistido por un órgano creado expresamente para realizar dicha función, que es la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Mientras que el segundo instrumento de control que tiene carácter voluntario, es la supervisión que ha podido determinar el constituyente del patrimonio protegido.

Posteriormente, en el capítulo IX se analizan las causas de extinción de dicha masa patrimonial, tanto las que se determinan legalmente como aquellas otras que apunta la doctrina, pronunciándonos sobre su posible consideración como causa o no. Una vez que se han considerado las mismas, se examinarán los efectos que se producen al extinguirse el patrimonio protegido vinculados a las causas que determina la norma.

El último de los capítulos, en concreto el X se ocupa del tema de la inscripción registral, incorporando la reciente modificación operada por la Ley 1/2009. En este sentido se observará la incidencia del patrimonio protegido, desde la perspectiva del Registro Civil, del Registro de la Propiedad, y de aquellos otros posibles Registros en el que puedan inscribirse bienes.

Por último y para finalizar, una vez analizado el tema señalaremos las conclusiones que consideramos oportunas.

Es necesario antes de entrar a estudiar el tema realizar una precisión, y es que la reciente reforma de la Ley de protección patrimonial, dispone que en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la norma, el Gobierno deberá realizar una reforma de la legislación relativa a los procedimientos de incapacitación, que se denominarán procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. A pesar de que no consideramos adecuada la terminología que va a ser derogada, la hemos empleado en este estudio por ser los conceptos jurídicos tradicionales recogidos en el Código Civil, a la espera de que se produzca tan loable reforma.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL PATRIMONIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Ofrecer una definición sencilla o vulgar del concepto de patrimonio no comporta ningún tipo de problema. Éste puede considerarse como el conjunto de bienes que posee una persona, sin embargo configurar una definición jurídica de dicho concepto, ha sido y sigue siendo uno de los temas dogmáticos más complejos sobre los que se puede pronunciar la doctrina científica. El maestro DE CASTRO¹ justificaba esta complejidad por dos motivos: el primero de ellos por “el carácter abstracto del concepto de patrimonio, sin apoyo en una delimitada realidad social”. Y el segundo de ellos porque “el concepto de patrimonio, como el de tantos de las ciencias sociales, está influenciado por las condiciones económicas e ideológicas de cada época”.

A ello no ayuda que nuestro Código civil (en adelante Cc) no ofrezca una definición de lo que ha de entenderse por patrimonio, sino que realiza alguna referencia al término, como es el caso del artículo 506 en sede de usufructo, o el artículo 342 al hacer referencia al Patrimonio Real, pero sin determinar que ha de entenderse como tal². Sin embargo, últimamente existen muchas disposiciones legales que sí utilizan dicho concepto, como en nuestro caso la Ley de protección patrimonial del discapacitado, o en otras ramas del Derecho, como es el caso del Derecho Financiero o Tributario, cuando hablan de impuesto del patrimonio por ejemplo.

A todo esto hay que añadir, si observamos las contribuciones doctrinales tanto nacionales como foráneas, que no existe acuerdo en ninguno de los extremos que conforman el patrimonio. Al estudiar el tema vemos que no existe acuerdo sobre si el patrimonio está formado por el activo y el pasivo, por bienes y derechos o sólo por derechos, si es una *universitas iuris* o sólo un conjunto de bienes y derechos que para determinadas ocasiones se puede apreciar como una unidad, si es posible un patrimonio

¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pág.35.

² Uno de los escasos Códigos que recoge el concepto de patrimonio es el argentino, cuyo artículo 2.312 señala que: “*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*”.

sin titular si defendemos que la idea de patrimonio puede ir desligada del concepto de persona, etc. Todos estos aspectos no tienen una vía de interpretación unitaria, dificultad que además viene añadida si observamos que la idea de patrimonio, nace en la Escuela de la Pandectística alemana, se va desarrollando posteriormente en Francia e Italia, propiciando la existencia de diversas corrientes o teorías que intentaron dar cada una desde sus planteamientos dogmáticos una explicación de la institución del patrimonio.

A este respecto, hay que señalar que la idea técnico jurídica de patrimonio se gesta en el siglo XIX. Los cambios que se han producido desde ese momento han sido vertiginosos, por tanto, el contexto donde nació dicho concepto no tiene nada que ver con la actualidad. Las necesidades de las personas han cambiado desde entonces, el modelo económico, político, social y financiero actual dista mucho del existente en el siglo XIX o primera mitad del siglo XX. Como ya se tendrá ocasión de reflexionar sobre este tema en un apartado posterior, las contribuciones clásicas a la doctrina del patrimonio no encajarán totalmente con las nuevas modalidades patrimoniales surgidas del desarrollo de la sociedad.

No obstante, no existe discusión sobre los orígenes de la idea de patrimonio los cuales se remontan al Derecho Romano, y su desarrollo dogmático gracias a la pandectística alemana, y su desarrollo posterior por los profesores AUBRY y RAU. Sin embargo, son difusos sus orígenes exactos. Se señala que el origen de la idea de patrimonio, puede proceder del concepto *patrimonium*, entendido como todo aquello que pertenecía al *pater familias*. Pero se acuñaron diversos términos que hacen referencia de manera directa o indirecta, a lo que se hoy se puede llamar patrimonio³.

En Derecho Romano Arcaico se usaba los términos *familia pecuniaque*, para definir el patrimonio aunque tenía un sentido más económico que jurídico. Ya en Derecho Clásico se emplean el término *pecunia* y el término *bona*, éste último con significado jurídico. Por tanto, es difícil obtener el momento exacto en el que surgió el concepto de patrimonio, tal y como se utiliza en la actualidad.

³ DE LOS MOZOS, J.L., “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1991, pág. 588.

II. CONCEPTO JURÍDICO DE PATRIMONIO

Algunos autores han ofrecido una definición jurídica de patrimonio, pero hemos de tener en cuenta que las mismas van a venir condicionadas por las distintas teorías que intentan explicar su naturaleza jurídica. Por ejemplo CASTÁN TOBEÑAS⁴, lo describe como “el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona-como centro de su poder jurídico-, o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular”. De esta definición se pueden extraer tres aspectos relevantes: la unidad de los elementos que forman el patrimonio, en segundo lugar la estimación económica de los mismos, y por último la conexión entre los elementos derivada de la persona o un destino especial.

GARCÍA GARCÍA⁵ lo definía como “conjunto coherente de bienes, derecho y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular o con destino a unos beneficiarios titulares finales y con tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración”, y ROCA⁶ como “el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuidas a un solo titular”.

Por su parte BIONDI⁷ apuntaba que el patrimonio no era más que una “denominación completiva, empleada por el lenguaje, tanto común como técnico, para indicar una suma de relaciones que tienen por titular un sujeto”. LACRUZ⁸ señalaba también este aspecto: “es fundamental retener que el patrimonio no representa, en principio, un nuevo objeto de derecho, un concepto ontológico, sino una manera de contemplar bienes y deudas en su conjunto: un denominador común o concepto lógico, de

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral, T.1, vol. II*, edit. Reus, Madrid, 1987, pág. 649.

⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M., “Teoría general del patrimonio”, *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T.I, Parte General, Civitas, Madrid, 2003, pág.581.

⁶ ROCA SASTRE, R.M., “El patrimonio”, *RCDI*, nº 15, marzo, 1926, pág. 171.

⁷ BIONDI, B., *Los Bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada, con anotaciones sobre el Derecho español, por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., edit. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 181.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil. vol.I*, Dykinson, Madrid, 1999, pág.59.

valor secundario en la vida real (en la cual lo importante es saber si un objeto es propiedad o no de Juan, alienable y embargable o no; y la enajenación y ejecución versan sobre las cosas y no sobre el patrimonio), y al que se recurre por la ley para designar el conjunto de relaciones que van a ser objeto de administración separada, o responsabilidad, o computación a efectos de apreciar ganancias o pérdidas, etc. Tiene, pues, una existencia intelectual (si bien no es una ficción), y de ordinario no interfiere la relación directa del dueño con la cosa o del acreedor con el deudor”.

La mayoría de la doctrina clásica ha entendido que no es un concepto tan importante como otro tipo de instituciones, como pudiera ser el caso del negocio jurídico, pero que sin embargo tampoco es inútil, ya que sirve para explicar la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 Cc, entre otras funciones. No obstante, hay quien no opina lo mismo, FAIRÉN⁹ por ejemplo señalaba que la teoría del patrimonio se muestra como “inconveniente y probablemente como innecesaria”, así como “que una teoría general del patrimonio es imposible, como hemos visto e impone en todo caso que las aparentes conclusiones a que se lleguen sean diversificadas al referirlas a cada una de las posibilidades concretas, a cada una de las situaciones de hecho en que el patrimonio se manifiesta”. Señala además en este punto que “en uno y otro caso el patrimonio – concepto sociológico y económico- actúa de manera jurídicamente tan distinta que hace imposible una teoría unitaria común”.

Representantes de nuestra doctrina más moderna¹⁰, consideran que el patrimonio es un instrumento para entender el funcionamiento de los bienes, derechos y deudas para unos efectos determinados, y por tanto una vez explicado esto “se agota en sí misma”.

Parece ser que en los últimos años, sobre todo por parte de la doctrina francesa, ha surgido una revisión del concepto de patrimonio condicionado por los profundos cambios que ha sufrido la sociedad, desde que prestigiosos juristas del siglo XIX empezaran a prestarle atención¹¹. Por tanto, y a pesar de que este aspecto se explicará en un momento

⁹ FAIRÉN, M., “Patrimonio y responsabilidad patrimonial”, *RDN*, 1962, 2, págs.312 y 313.

¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Teoría general del patrimonio”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t.I, edit. Bosch, Consejo General del Notariado, Barcelona, 2005, pág.68.

¹¹ Vid. COHET-CORDEY, F., “La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français”, *RTDC*, nº 4, oct-déc. 1996, y SERIAUX, A., “La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir”, *RTDC*, nº.4, oct-déc, 1994.

posterior, consideramos que algunos de los pilares sobre los que se construyó la teoría del patrimonio, en la actualidad no se adaptan bien a la realidad presente, tanto económica, jurídica, política y social. Además, la construcción jurídica del patrimonio de los siglos XIX y mediados del siglo XX, se adecúa más a la categoría de patrimonio personal que al resto de patrimonios.

III. CARACTERES DEL PATRIMONIO

DE CASTRO¹² enuncia cuatro caracteres del patrimonio que se utilizan para determinar su naturaleza: la posible valoración económica de los bienes y derechos que lo componen, la doble estructura interna y externa del patrimonio, la identidad y la creación por ley de los mismos. Algunos autores¹³ añaden otras notas adicionales a las expuestas por el maestro DE CASTRO, como son por ejemplo la autonomía y la intransmisibilidad.

1. Valoración económica

Es unánime en la doctrina, como más adelante se observará, que el valor económico es un requisito esencial del contenido del patrimonio, por tanto aquellos bienes o derechos que no tienen valor económico no se consideran como elementos integrantes del mismo. En definitiva, el carácter económico es un requisito indispensable del patrimonio. VON THUR¹⁴ señalaba que el valor pecuniario “es normalmente valor en cambio, aunque puede ser asimismo valor en uso; por eso pueden también formar parte del patrimonio cosas alienables, siempre que sus rendimientos tengan un valor en cambio o cuando por su uso se ahorren otros desembolsos”.

¹² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 38 a 40.

¹³ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. I.*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2005 págs. 391 y 392; GIL RODRÍGUEZ, J., “El patrimonio”, *Manual de Derecho Civil, I (Introducción y derecho de la persona)*, PUIG I FERRIOL, L, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 472 y 473.

¹⁴ VON THUR, A., *Parte General del Derecho Civil*, traducido por ROCES, W., Comares, Granada, 2006, pág. 28.

2. Legalidad

Un patrimonio sólo puede ser creado por la ley. Es decir, las personas no pueden crear patrimonios, ni separarlos, disolverlos, etc., si no es por imperativo legal, por tanto es una materia excluida de la autonomía de la voluntad, obviamente por la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento jurídico, tal y como señala DE CASTRO¹⁵. Si se dejara en manos de la voluntad de las personas, la creación, modificación o disolución del patrimonio, sería muy fácil burlar los créditos que tuvieran los deudores frente a sus acreedores. Debe ser la Ley, la que considere que un conjunto de relaciones activas o pasivas han de tener un tratamiento unitario, al existir intereses generales y de orden público económico que deben ser protegidos.

3. Unidad e identidad

Se predica la unidad del patrimonio en el sentido de que éste está formado por un conjunto de elementos de distinta naturaleza, derechos, bienes y deudas, pero este conjunto de elementos no está disperso, sino que existe un vínculo entre ellos que hace que se origine una entidad global o unitaria para que el Derecho le otorgue un tratamiento específico. Por ejemplo: en el caso de que el régimen económico de un matrimonio sea la sociedad de gananciales, implica que los bienes, derechos que se hayan puesto en común en el momento de contraerlo o los que se vayan originando durante el mismo, por decirlo de algún modo, se van integrar en el patrimonio ganancial al que el Derecho le da un tratamiento específico por estar destinado en este caso concreto a sufragar las cargas del matrimonio. Por tanto, las deudas que se originen por los cónyuges serán sufragadas con ese patrimonio ganancial en su totalidad, y no con un tipo determinado de bienes.

VON THUR¹⁶ señalaba que “todo cuando pertenece a la persona forma un patrimonio, aun cuando lo divida en partes, destinado éstas a diversos fines y

¹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 40.

¹⁶ VON THUR, *Parte General...*, *op.cit.*, pág.29.

administrándolas por separado”. En nuestra doctrina, ALBALADEJO¹⁷, disponía que “cada una de las relaciones que componen el patrimonio es un elemento del mismo, y él es el conjunto de todas, pero constituye sólo eso, un conjunto, y no una unidad sustantiva independiente y distinta, resultante de la agrupación de sus componentes singulares. De tal modo, pues, no se puede pensar que, en principio, el patrimonio sea un objeto, una entidad aparte, sobre la que la persona tenga un derecho autónomo, como si se dijese que existe un derecho de propiedad sobre el patrimonio”.

Dos aspectos que guardan una relación directa con este carácter del patrimonio, es el de la identidad y la de si conforma una *universitas iuris*. Respecto el primer aspecto, a pesar de que se ha dicho anteriormente que el patrimonio está formado por diversos elementos de distinta naturaleza, y que los mismos pueden salir y entrar de la masa patrimonial, se dice que el patrimonio es idéntico en el tiempo. Ello se explica claramente a través del juego de la responsabilidad patrimonial universal y de la subrogación real. Con el artículo 1.911 se asegura que los acreedores puedan cobrar sus créditos contra el patrimonio del deudor, con los bienes tanto presentes como los que pueda tener en un futuro, pero no con unos bienes en concreto sino con todo el patrimonio del deudor. Por otro lado, el principio de subrogación real implica que si sale un bien del patrimonio porque ha mediado por ejemplo una compraventa, ese “vacío” que ha dejado el bien en el patrimonio se sustituirá por el precio recibido como contraprestación. Como muy gráficamente señala DE CASTRO¹⁸: “el patrimonio nace, crece, decrece y muere”, además “su identidad y unidad no depende del cambio de sus partes, de la abundancia o escasez de bienes, ni de su localización”.

En cuanto al tema de la universalidad, es un tema muy complejo con diversidad de opiniones que aún no está resuelto. Se habla de universalidad para hacer referencia a un conjunto de elementos, cosas, etc., en un plano ideal, y que se someten al mismo tratamiento legal¹⁹. Lo que se cuestiona la doctrina es la de si el patrimonio puede considerarse una *universitas iuris*.

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, A., *Derecho Civil, I, Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2004, pág. 508.

¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 39 y 40.

¹⁹ Existen dos tipos de universalidades: las de hecho (*universitas facti*) y las de derecho (*universitas iuris*). Las primeras son conjuntos de cosas materiales por voluntad humana, mientras que las segundas son conjuntos de cosas materiales, derechos o bienes inmateriales, determinado por la ley.

Pues bien, si nos basamos en el argumento que nos ofrece BARBERO²⁰ cuando hablaba de la dote, referido a que la *universitas iuris* acepta la sustitución de elementos de una naturaleza determinada, por elementos de distinta naturaleza, cosa que no ocurre en la universalidad de hecho, se puede defender que el patrimonio sí sería una universalidad de derecho. Por ejemplo, del patrimonio puede salir un bien inmueble y ser sustituido por el precio recibido en un contrato de compraventa. Esto sin embargo, no podría ocurrir en las universalidades de hecho, porque por ejemplo en una colección de cuadros de una persona, un cuadro no puede ser sustituido por dinero. Sin embargo, si se aprecia el argumento de que la *universitas* es el conjunto de bienes constituido como objeto unitario de derechos, y que no tiene en consideración las deudas, el patrimonio no podría considerarse como tal.

FAIRÉN²¹ pone de relieve que nadie habla de la idea de *universitas* para explicar la responsabilidad patrimonial universal, sino que es en sede de la herencia donde se han formulado las teorías más firmes sobre la universalidad. Añade que “la única unidad que se reconoce al patrimonio es la derivada de su titularidad unitaria; el patrimonio no se configura en ningún caso como una especial entidad jurídica, sobre la que cupieran actos de disposición general; los pretendidos negocios dispositivos sobre el patrimonio no serán más que una suma de actos dispositivos exactos sobre cada uno de los elementos del mismo”.

4. Intransmisibilidad

Una de las cuestiones que se suscitan, es la de si el patrimonio en sí mismo considerado puede ser transmitido, o si pueden recaer sobre él derechos subjetivos. En el primer caso, hay que distinguir si estamos ante un negocio *inter vivos*, o *mortis causa*. Para el primero, la respuesta ha de ser negativa, una persona no puede enajenar su patrimonio en su conjunto, sino que lo que será objeto de enajenación serán los bienes

²⁰ BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, t.I. Introducción, Parte Preliminar-Parte General, traducido por SENTIS MELENDO, S., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pág.324.

²¹ FAIRÉN, M., *Patrimonio y responsabilidad patrimonial...*, *op.cit.*, pág.311.

que lo componen. CASTÁN TOBEÑAS²² considera que el patrimonio personal en sí mismo es inalienable, pero pone de relieve que la cuestión de la transmisibilidad viene condicionada por la teoría sobre el patrimonio que se siga al respecto. Si se atiende a la teoría subjetiva, la transmisión del patrimonio únicamente se podría llevar a cabo *mortis causa*, sin embargo, si se toma como referencia la teoría objetiva, al entender el patrimonio como un conjunto de derechos que puede dividirse, podría transmitirse mediante un negocio *inter vivos*.

Respecto la donación, la respuesta ha de ser la misma, ya que el artículo 634 del Cc señala que “*La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*”. Este precepto nos señala que el donante puede donar la mayoría de bienes, pero no todos porque las personas no se pueden “desprender” totalmente de su patrimonio.

ALBALADEJO²³ por su parte, entiende que el patrimonio se transmite como un todo cuando su titular muere, adquiriéndolo sus herederos por un único acto y globalmente. Mientras la persona vive puede perder todos los derechos que lo integran, y quedarse sin patrimonio, aunque conserva su capacidad patrimonial, pero no puede transmitir su patrimonio como un todo.

La tesis que consideramos más adecuada es la referente a la intransmisibilidad del patrimonio, si atendemos al fenómeno sucesorio por ejemplo, se observa que no se transmite el patrimonio del causante en sí mismo, sino cada uno de los bienes que componen la herencia. Como bien ponen de relieve DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS²⁴, si aceptamos la tesis de la transmisión íntegra del patrimonio del causante, implicaría que una persona tendría tantos patrimonios como herencias aceptara. Sin embargo, en la realidad no ocurre así, una persona no tiene varios patrimonios personales sino que única y exclusivamente tiene uno, porque se integran los bienes recibidos por herencia o legado, en su patrimonio. Es decir, que el patrimonio como

²² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, pág.655.

²³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 509.

²⁴ DIEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS. A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág.386.

señalan se transforma en herencia que es lo que se transmite, no el patrimonio sino la herencia, y que “el concepto de herencia presupone necesariamente la idea de patrimonio”²⁵. VON THUR²⁶ entendía que “el patrimonio no puede ser objeto de disposición, sino los diversos bienes que lo componen. La enajenación de todo un patrimonio equivale a la renuncia de todos los derechos que en un momento dado forman parte de él; pero el patrimonio, como tal, pertenece unido al enajenante”.

Respecto de la posibilidad de establecer derechos subjetivos sobre el patrimonio, la cuestión se suscita debido a la redacción del artículo 506 del Cc, es decir, el usufructo del patrimonio. El párrafo primero señala que: “*Si se constituyere el usufructo sobre la totalidad de un patrimonio, y al constituirse tuviere deudas el propietario, se aplicará, tanto para la subsistencia del usufructo como para la obligación del usufructuario a satisfacerlas, lo establecido en los artículos 642 y 643 respecto de las donaciones*”.

¿Se puede establecer el derecho de usufructo sobre el patrimonio de una persona? La respuesta negativa es unánime en la doctrina, el derecho de usufructo recae sobre cada uno de los bienes que forman el patrimonio, y no sobre él en conjunto. Los argumentos se centran en la necesidad de reservarse bienes suficientes para vivir conforme a sus circunstancias. Respecto el usufructuario, el derecho de usufructo entra a formar parte de su patrimonio personal, y por tanto responderá de las deudas que se puedan ocasionar.

5. Instrumentalidad

Se habla de “instrumentalidad” del patrimonio, porque el mismo sirve para el cumplimiento de unos fines concretos, y por tanto para que se cumplan esos fines el Derecho hace que nazcan patrimonios para cumplirlos. En el caso del patrimonio personal, para satisfacer las necesidades del titular y de los acreedores, mientras que los subtipos de patrimonios autónomos darán respuesta a las necesidades concretas que han hecho que nazcan, por ejemplo el régimen de gananciales para satisfacer las cargas del matrimonio.

²⁵ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág. 392.

²⁶ VON THUR., *Parte general...*, op.cit., pág. 29.

6. Estructura

DE CASTRO²⁷ diferenciaba dos esferas dentro del patrimonio: la interna y la externa. La esfera externa hace referencia a la separación existente entre patrimonios, y ponía como símil el caso de una frontera por la que sin el consiguiente pasaporte no podía accederse al otro lado. Por tanto para que un bien pueda salir del patrimonio y entrar en otro requiere de un título o una causa para hacerlo. Esta esfera se pone de relieve de forma más contundente cuando una persona posee dos patrimonios y se producen desplazamientos patrimoniales entre ellos. Estos desplazamientos han de venir justificados por una causa, en tanto en cuanto el patrimonio no se “usa” única y exclusivamente para garantizar unas necesidades de su titular, sino en que se ven inmiscuidos intereses de terceras personas, como es el caso de los acreedores que pueda tener el titular del patrimonio. En caso de que esos desplazamientos no exigieran un título, podrían producirse traspasos de bienes entre masas patrimoniales para burlar por ejemplo los créditos que tuvieran los acreedores frente a un patrimonio del deudor, y por tanto no poder ser satisfechos.

La esfera interna del patrimonio haría referencia al poder del titular que pueda usar y disfrutar sus bienes, atendiendo a las facultades que posee sobre los mismos. Sin embargo, señala DE CASTRO²⁸ que esa esfera queda neutralizada jurídicamente en el sentido de que dentro del patrimonio los bienes juegan como tales, y no como derechos subjetivos entre ellos. Además, los cambios que pueda realizar el titular tendrá repercusiones en el exterior, pero no internamente.

IV.LAS FUNCIONES DEL PATRIMONIO

Varias son las funciones que se le atribuyen al patrimonio, aunque las esenciales o primordiales por decirlo de algún modo son: la satisfacción de las necesidades de la persona, y servir de garantía de los acreedores.

²⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 39.

²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 38 y 39.

La primera de ellas sería la de servir a los fines de la persona, ya que mediante el patrimonio, la persona puede satisfacer todas las necesidades que requiera tanto básicas, como de cualquier otro tipo. DE CASTRO²⁹ señalaba que: “el patrimonio es ante todo el reconocimiento de un ámbito de libertad para la persona, supone la entrega de poderes económicos, puestos a su servicio, para facilitar su vida social”. RIVERO FERNÁNDEZ³⁰ considera que: “el patrimonio en este siglo XXI no sirve ya tanto a la persona como medio de subsistencia, más o menos exigente y cómoda, mejor o peor satisfecha, sino, junto a facilitar su vida, proveer a su actividad social, socioeconómica y jurídica; contribuye sobre todo a su realización personal”.

Sin embargo, esto debe ser puesto en relación con la función clave del patrimonio que es la que entronca con el artículo 1.911 del Cc, es decir, la responsabilidad patrimonial universal. Este precepto básico lo dice bien claro: “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. Es decir, que a través del patrimonio del deudor los acreedores pueden satisfacer los créditos que tengan contra éste: es la garantía de su cobro. Esto hay que precisarlo, tal y como señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS³¹, en el sentido de que no significa que los acreedores tengan una especie de derecho de garantía como el caso de la prenda sobre el patrimonio del deudor, sino que constituye el fundamento de la responsabilidad.

A pesar de ello, hay que decir que el Derecho no desampara al deudor que no puede satisfacer los créditos de los acreedores, ya que existe una serie de bienes que no pueden ser atacados por éstos, y son los bienes inembargables que señalan los artículos 605 a 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)³². Además se ha

²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, op.cit., págs. 40 y 41.

³⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Teoría general...*, op.cit., pág.99.

³¹ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág. 387.

³² *Artículo 605. Bienes absolutamente inembargables.*

No serán en absoluto embargables:

1.º *Los bienes que hayan sido declarados inalienables.*

2.º *Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal.*

3.º *Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial.*

4.º *Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.*

Artículo 606. Bienes inembargables del ejecutado.

Son también inembargables:

1.º *El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a*

suprimido la prisión por deudas, como sucedía en tiempos antiguos en los que si el deudor no pagaba las deudas que tenía frente a sus acreedores, se le podía privar de libertad.

Es decir, que el patrimonio sirve para satisfacer las necesidades de las personas, pero ello no implica que pueda “disponer” de él libremente, ya que en el momento que se deriven deudas u obligaciones, deben ser satisfechas a cargo del patrimonio. DE CASTRO³³ en este aspecto señalaba que “estas dos funciones tienden naturalmente hacia resultados contrarios. El reconocimiento de la libertad personal impulsa a liberar de restricciones los poderes de uso, goce y disposición de la persona sobre lo suyo; a dejarla hacer lo que quiera y pueda; a que no se le convierta de nuevo en esclava de sus acreedores. De otra parte, la seguridad del tráfico, los derechos de los acreedores exigen que la ilimitada libertad del deudor no sea tal que le consienta defraudar a sus acreedores, requiere que se le impida destruir la única garantía de éstos, su patrimonio”.

juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.

Artículo 607. Embargo de sueldos y pensiones.

1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.

2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.

5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al tribunal.

4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el tribunal podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por 100 en los porcentajes establecidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del apartado 2 del presente artículo.

5. Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo.

6. Los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.

³³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, op.cit., págs. 41.

La responsabilidad del deudor, tal y como señala el artículo 1.911 Cc, no se extiende a unos bienes concretos, sino que responderá con todos los bienes que posea en el momento que deba de hacer efectiva la deuda, incluso de los bienes futuros que pueda adquirir en un momento u otro.

VON THUR³⁴ señalaba al respecto que el deudor respondía de las deudas con todos sus bienes, salvo los que no podía disponer, o los que por razones de política social estaban a cubierto de los acreedores. La responsabilidad decía recaía sobre el patrimonio deudor sobre todos los derechos patrimoniales que componen el patrimonio en el momento de hacer efectivas las deudas, los derechos que ya hubieran sido eliminados del patrimonio no responden en principio, a no ser que estuvieran sujetos a un vínculo pignoraticio o pudieran reintegrarse a la masa por la vía de la impugnación. Por último, señalaba respecto este tema, que el patrimonio responde para todos los acreedores, según el principio de prevención, descansando el concurso de acreedores en el principio de la satisfacción igualitaria de los mismos.

1. Consecuencias de las funciones del patrimonio

Del juego de estas dos funciones principales se derivan una serie de consecuencias, tanto para el titular del patrimonio como para los acreedores, que son el deber de conservar el patrimonio, y los poderes o protección específica de los acreedores.

1.1. El deber de conservar el patrimonio o la solvencia del mismo

Por decirlo de alguna manera una persona no puede gastar más de lo que dispone, y menos si lo hace con fines fraudulentos. Esta función adquiere mayor relieve, si el patrimonio está siendo administrado por una persona que no es el titular del mismo, por lo que el Derecho tiene que disponer de una serie de mecanismos para controlar y asegurar su conservación. Por ejemplo, la necesidad de establecer inventario en el caso del

³⁴ VON THUR, *Parte General...*, *op.cit.*, pág. 29.

declarado ausente, o la necesidad de autorización judicial para que el tutor realice determinados actos. Incluso en algunos casos, puede entrar en juego el Derecho Penal, cuando se realizan conductas graves contrarias al deber de conservar la solvencia. En concreto, los artículos 257 a 261 del Código Penal³⁵, castigan incluso con pena de prisión a quien presente documentos falsos sobre el estado contable, o el que se alze con sus bienes en perjuicio de los acreedores.

1.2. Poderes o protección específica de los acreedores

Para evitar que se puedan frustrar los intereses de los acreedores, el Derecho pone a su favor una serie de mecanismos para evitar que ocurra esto. Estas medidas pueden ir

³⁵ El Capítulo VII del Código Penal, lleva por rúbrica “De las insolvencia punibles”, y recoge los siguientes delitos:

Art. 257: “1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1. *El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

2. *Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

2. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

3. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.”.*

Art. 258: “El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

Art. 259: “Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.”

Art. 260: “1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. *Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.*

3. *Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.*

4. *En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.”*

Art. 261: “El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.”

desde las diversas acciones que recoge el Cc, tal y como señala el artículo 1111³⁶, es decir, la acción revocatoria y la subrogatoria, o la posibilidad de que los propios acreedores soliciten la declaración del concurso del deudor, etc.

Otra de las funciones que se le ha otorgado al patrimonio es el de fundamento o explicación del principio de subrogación real. O lo que es lo mismo, como es posible que del patrimonio salga un bien de una naturaleza concreta y en sustitución de ese bien entre otro de naturaleza distinta, que para decirlo de forma gráfica, va a ocupar el sitio que ha dejado la salida del primer bien.

DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS³⁷ señalan otras dos funciones del patrimonio: la primera, de justificación y delimitación de los poderes especiales de gestión, administración y disposición de determinados bienes, ya sean propios o ajenos. Y en segundo lugar, cómo se justifica la separación de responsabilidad de un grupo de bienes de una persona. Estas funciones harían referencia a los patrimonios autónomos que se analizarán más adelante.

V. LAS TEORÍAS DEL PATRIMONIO

Tres son las teorías que han intentado dar respuesta a la construcción jurídica del patrimonio: la teoría personalista, la teoría del fin y la teoría moderna.

1. Teoría personalista

La teoría personalista, subjetiva o clásica es la primera teoría que surge en el tiempo en Alemania, aunque fue en Francia gracias a las aportaciones de los profesores

³⁶ Artículo 1111: “Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”.

³⁷ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág.387.

de la Escuela de la Exégesis, Aubry y Rau donde alcanza su máximo desarrollo, al estudiar la obra de Zacharie. La premisa básica de esta teoría se fundamenta en la emanación del patrimonio de la personalidad, en la personalidad del hombre en sus relaciones con objetos exteriores, lo que implica como consecuencia inmediata que toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Señalan que: “el patrimonio, siendo en su más alta expresión la personalidad misma del hombre, considerada en sus relaciones con los objetos exteriores sobre los cuales pueden o podrá tener derechos que ejercitar, comprende no solamente *in actu* los bienes ya adquiridos, sino también, en potencia, los bienes a adquirir en lo futuro”.

Entienden el patrimonio como una *universitas iuris*, cuyo fundamento deriva del “arbitrio de una sola voluntad, a la acción de un único poder jurídico”. Por tanto, ni puede existir patrimonio sin titular, ni persona sin patrimonio, y todas las personas únicamente pueden tener un patrimonio. Esta teoría, según estas premisas, no acepta por tanto ni el patrimonio separado, ni los patrimonios afectos a un fin. Para AUBRY y RAU el patrimonio sería “un conjunto de bienes de una persona, íntimamente cohesionados (*universitas iuris*) por el hecho de hallarse sometidos al arbitrio de una sola voluntad, a la acción de un único poder jurídico”. Otro de los postulados de esta teoría es que ya que la personalidad de un individuo no puede enajenarse, por tanto el patrimonio al ser derivación de ella, tampoco podrá ser objeto de enajenación.

2. Teoría objetiva

La teoría objetiva, finalista o la teoría del fin surge como reacción a la teoría subjetiva, y parte de la premisa de que si bien existen patrimonios que pertenecen a alguien, existen otros patrimonios que pertenecen a “algo”, es decir, que están destinados a un determinado fin³⁸. Por tanto, ya no es la pertenencia a su titular lo que importa en el patrimonio, sino la posibilidad de que existan patrimonios cuya unidad venga condicionada por estar dirigidos a cumplir un fin. Sus máximos exponentes fueron Brinz y Bekker, a los que siguieron Geny, Salleilles, y Ripert y Ferrara en algunos aspectos de la teoría.

³⁸ DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general...*, *op.cit.*, pág. 592.

Rebaten a la teoría subjetiva, que la capacidad de adquisición de bienes es un elemento de la personalidad, una faceta de la misma, pero no emanación o una prolongación. Las consecuencias que se derivan de esta teoría, tomando como referencia las establecidas por la teoría subjetiva son por tanto:

- a) que sí existen patrimonios sin titular;
- b) pueden existir personas que no tengan patrimonio,
- c) que una misma persona puede tener varios patrimonios.

Para BRINZ³⁹ junto a las personas naturales había una segunda especie de patrimonio. “La verdadera esencia del patrimonio está en el tener o el pertenecer a una invisible relación jurídica entre personas y bienes. Pero esta relación y conexión puede existir o subsistir aún entre fines y bienes, quedando sustituida la persona por un fin determinado”.

Por su parte BEKKER⁴⁰ hablaba de dos tipos de patrimonios de afectación: los independientes y los dependientes. “Los primeros son complejos patrimoniales destinados a un fin y carentes de sujeto; los segundos, por el contrario, son patrimonios en el patrimonio de una persona destinados a un fin especial y dotados de propia autonomía”.

Estas dos teorías, pecan de unilaterales. Como señala BARBERO⁴¹ “la verdad es que los dos aspectos se completan, y sin sujeto no hay patrimonio, sino bienes de nadie, como no hay patrimonio sin bienes, sino solamente potencialidad subjetiva (acaso una misma cosa con la propia *capacidad jurídica*) de formación del patrimonio”.

3. Teoría moderna

La teoría moderna, entiende que las dos teorías anteriores son unilaterales y excesivas. Se entiende el patrimonio como una unidad, pero no es necesario que esa unidad proceda necesariamente de la conexión de su titular, sino que puede ir conectada a

³⁹ DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general...*, *op.cit.*, pág. 592, citando a Brinz.

⁴⁰ DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general...*, *op.cit.*, pág. 592, citando a Bekker.

⁴¹ BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado...*, *op.cit.*, pág.287.

la satisfacción de un fin concreto. Además cada tipo de patrimonio tendrá una naturaleza distinta, y un tratamiento legal diferente, por lo tanto no se puede adscribir la configuración jurídica del patrimonio a una u otra tesis⁴².

Hay que entender que el patrimonio es un conjunto de bienes, derechos y deudas, en los que en unos casos la unidad o el tratamiento unitario vendrá condicionado por su pertenencia a su titular, destinado a sus necesidades y a satisfacer las deudas que tenga frente a los acreedores. En este caso estaríamos moviéndonos en plano del patrimonio personal basado en la teoría subjetiva. Sin embargo, en otros casos el tratamiento unitario no se sustentará en la pertenencia a un titular, sino que se derivará de su afectación a un destino concreto reconocido por la ley.

VI. CONTENIDO DEL PATRIMONIO

El contenido del patrimonio, es decir los elementos que lo integran, es otro de los aspectos controvertidos puestos de relieve en la doctrina jurídica. La discusión clásica que versa sobre este aspecto se centra en dos puntos básicamente, uno es el de si el patrimonio está compuesto por:

- a) bienes y derechos
- b) sólo por bienes
- c) o sólo por derechos.

La otra cuestión debatida es la de si podemos hablar de activo y pasivo, o únicamente de activo, o lo que es lo mismo, si las deudas entran dentro del contenido del patrimonio.

⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Teoría general...*, *op.cit.*, pág. 92, dispone que en nuestro país predominan las opiniones eclécticas, “que ven en la persona no sólo un necesario titular sino nexo de unión de los bienes y relaciones jurídicas que integran el patrimonio (patrimonio personal); y otros encuentran en la afectación de los bienes a un fin jurídicamente valioso el elemento integrador que hace el patrimonio una entidad y unidad distinta de sus componentes que en unos casos atiende a fines generales de la persona y otras a fines o destinos especiales”. Enuncia que los autores de nuestro país que defienden esta tesis son: ROCA SASTRE, CASTÁN TOBEÑAS, COSSÍO y CORRAL, y LACRUZ BERDEJO. Mientras que en la doctrina foránea son partidarios de esta línea: GARY, PLANIOL, RIPERT, FADDA y BENZA, y FERRARA.

1. Bienes y derechos

DE CASTRO⁴³ señala que la relación que existe entre el patrimonio y su titular es diferente a la que se presenta en relación con los derechos subjetivos entre sujeto y objeto. Pone de manifiesto que la titularidad del patrimonio se basa en la masa indeterminada de bienes, “respecto de los que se individualizarán, en su caso, obligaciones y derechos subjetivos (poderes concretos)”. El derecho subjetivo está configurado de otra forma: el Derecho Objetivo otorga a un sujeto determinadas facultades sobre el objeto del derecho subjetivo, que según DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁴⁴ lo constituye “aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular o idóneas para satisfacer los intereses suyos”. Con relación a la posibilidad de que el patrimonio pueda ser objeto de derechos subjetivos, estos autores, entienden que el patrimonio significa la unificación de una serie de objetos, entendiendo como tales, las cosas materiales, las deudas, derechos de crédito, etc. Pero a pesar de esto no se puede defender la tesis de que el patrimonio es algo diferente a los elementos integrantes del mismo, y por tanto objeto diferente a estos elementos integrantes. Ello implica que el patrimonio en cuanto tal no pueda ser considerado objeto de derecho subjetivo, sino que serán los elementos patrimoniales los objetos del derecho subjetivo. Expresa como dicen los autores, “una pluralidad de objetos del derecho”⁴⁵.

Por tanto, y resumiendo el titular del patrimonio no tendrá un derecho subjetivo sobre el patrimonio en sí considerado, como conjunto de bienes, derechos y deudas, sino que el titular tendrá derechos subjetivos, sobre cada uno de los elementos que integran el patrimonio.

Entrando ya en el contenido concreto del patrimonio, la primera cuestión que hay que tener en cuenta, es la referente al activo del patrimonio. Es decir, si está formado por cosas, bienes o derechos.

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 44.

⁴⁴ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág.424.

⁴⁵ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, págs.424 y 425.

Uno de los grandes autores de referencia en esta materia, BIONDI⁴⁶, señala que el término “cosas” y “bienes” son conceptos que desde el punto de vista positivo consideran la misma realidad pero desde diversas perspectivas. Entiende que “cosas” hace referencia a “una entidad objetiva por sí misma, destacada e independiente de un sujeto, con tal que sea jurídicamente relevante”. Mientras que “bien” se basa en la idea de utilidad, o interés y por tanto haría referencia al sujeto. “Cosa tiene una referencia objetiva, bien subjetiva. Se trata sólo de dos puntos de vista, ya que la noción de cosa a fines jurídicos coincide con la de bien: a la cosa se refiere el interés, la ventaja, ya que es jurídicamente cosa en tanto en cuanto presenta un interés jurídicamente apreciable, esto es, en cuanto es bien; inversamente al bien se refiere la idea de cosa, o sea de entidad que produce o a la que se refiere la utilidad”. De ahí, como muy bien señala, se explicaría la existencia de diversos derechos subjetivos sobre una misma “cosa”.

Es decir, que la idea “cosa” haría referencia al aspecto material, a la entidad objetiva, sobre el que se ejerce el derecho subjetivo, mientras que la de “bien” se referiría a la utilidad o interés que puede reportarle al sujeto el contenido del derecho subjetivo.

Una vez delimitado el concepto de cosas y bienes, hay que señalar si bienes o derechos, pueden ser compatibles o son excluyentes unos de los otros, de tal modo que se determine si el patrimonio está formado por bienes y derechos o sólo derechos.

Los bienes son el objeto de los derechos subjetivos, las facultades que les otorga el Derecho positivo a las personas recaen sobre bienes, por ejemplo, el derecho de usufructo puede recaer sobre una finca, que es un bien. GARCÍA GARCÍA⁴⁷ habla de una triple función de los bienes: a) ser objeto de derechos; b) ser objeto de negocios jurídicos y, c) ser objeto de patrimonios. Tomando como referencia la doctrina alemana, considera que es necesario “plantear una determinada titularidad jurídica sobre las cosas o bienes, pues éstas pueden encontrarse en el patrimonio bajo muy diferentes titularidades, lo que requiere su concreción, por lo que, tanto puede ser la propiedad sobre bienes u otros derechos sobre dichos bienes”. Y que “las cosas o bienes como objeto de derechos y de negocios jurídicos, no interesan para la composición del patrimonio, porque una cosa es

⁴⁶ BIONDI, B., *Los Bienes...*, *op.cit.*, pág. 34.

⁴⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., *Teoría general del patrimonio...*, *op.cit.*, págs. 582 y 583.

la acepción de los bienes como tales objetos de derechos y negocios jurídicos, y otra diferente, la acepción de los bienes como elementos del patrimonio”.

Respecto los derechos que forman parte del patrimonio, se incluyen los derechos reales y los derechos de crédito. DE CASTRO⁴⁸ señala que la atribución a un derecho de una u otra condición tendrá una repercusión considerable dentro del patrimonio. En el caso de los derechos reales, su objeto “aparece como estando en el patrimonio”, ya sea de forma completa o parcial, aunque el bien se encuentre en poder de terceros. En la esfera interna se manifiesta en el sentido de que posee una serie de facultades sobre el bien atendiendo al tipo de derecho que tenga. Mientras que en la esfera externa por la concesión de una serie de acciones. Para los acreedores señala que es la garantía más segura que puedan tener, ya que “pueden contar con los bienes del deudor asegurados por derechos reales; están en la masa de bienes directamente embargable y ejecutable y, por tanto, no tienen que contar con la situación económica de otro patrimonio, ni concurrir con los acreedores de éste”. Sin embargo, el objeto del derecho de crédito no forma parte del patrimonio, porque depende de la conducta del deudor, lo que implica que el titular del patrimonio no tiene facultades directas contra el objeto del derecho. Sólo tiene la posibilidad de pedir que se haga efectivo el crédito, o acudir al Juez para que adopte las medidas necesarias.

Un sector de la doctrina entiende que el patrimonio está formado por derechos y no por bienes o cosas. CASTÁN TOBEÑAS⁴⁹, por ejemplo señala que: “no es científicamente exacto incluir entre los elementos patrimoniales las cosas o bienes en vez de los derechos de propiedad sobre ellos, aunque el Código nuestro incurra muchas veces en esta confusión”.

Hay quien critica la terminología que emplea el Cc, en concreto MANUEL FAIRÉN⁵⁰ cuando usa los conceptos de “cosas y derechos”, entendiendo que las personas no son titulares de cosas, sino que tienen derechos sobre ellas. Se dice que: “es una de las

⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 46 y 47.

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, pág.651.

⁵⁰ FAIRÉN, M., *Patrimonio y responsabilidad patrimonial...*, *op.cit.*, pág.308. De todas formas, continúa diciendo que las únicas consecuencias prácticas que conlleva son “las críticas a la pobre terminología del legislador”.

tantas consecuencias de la confusión reinante en la época intermedia entre titularidad y propiedad; es perfectamente correcto decir que alguien es titular de un derecho de propiedad, pero la falta de un término equivalente al nuestro de titularidad lleva a graves errores y equívocos, afirmándose así que alguien que tiene el dominio de su propiedad (*dominium proprietatis*), mientras que inversamente se admite que alguien sea titular de una cosa, confundiendo ésta con el derecho sobre ella”.

GIL RODRÍGUEZ⁵¹ avala también esta tesis señalando que: “el contenido propio del patrimonio, no ha de verse éste como continente o contenedor de las cosas en su materialidad o consistencia física, sino como agregación de los derechos de contenido económico que pertenecen al titular, ya agoten las utilidades de un bien (en propiedad o titularidad plena), ya se proyecten sobre otras entidades (créditos) o simplemente atribuyan parte de las utilidades de la cosa misma (usufructo)”.

Otro sector doctrinal entiende que el patrimonio puede estar integrado por bienes. Para DORAL GARCÍA⁵² forma el elemento material del mismo. DE CASTRO⁵³ considera que “derechos subjetivos y bienes no son elementos distintos, que como tales puedan excluirse entre sí, sino que son aspectos de una misma realidad jurídica”. COSSÍO Y CORRAL⁵⁴ señala que el contenido del complejo patrimonial son los bienes, que se conciben como cosas corporales e incorpóreas (es decir, los derechos). Por su parte DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁵⁵ entienden que “el objeto inmediato incorporado al patrimonio son los derechos, pero que, referidos éstos, directamente a bienes, no hay especial inconveniente en considerar a los bienes como objetos patrimoniales”.

⁵¹ GIL RODRÍGUEZ, J., “El patrimonio” *Manual de Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 484.

⁵² DORAL GARCÍA, J.A., “El patrimonio como instrumento técnico jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, T.XXXVI, octubre-diciembre, pág. 1272.

⁵³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, pág. 44. Continúa diciendo que “El bien importa al Derecho, en cuanto es un bien *jurídico* patrimonial; es decir, cuando es el objeto de un derecho subjetivo. Este objeto importa para el patrimonio, porque tiene y en la cantidad que tenga valor económico; es decir, en cuanto sea un bien. Son los bienes los que pueden ser dañados y exigirse por ello indemnización”.

⁵⁴ DE COSSÍO Y CORRAL, A., “La teoría del patrimonio”, *Estudios de Derecho Público y Privado: ofrecidos al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*, t. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, págs.139 y 141.

⁵⁵ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág.388.

Sin embargo, la doctrina sí es unánime al considerar que ya sean bienes o derechos los elementos que conforman el contenido del patrimonio, éstos han de tener valor económico, lo que implica que se excluyen los derechos de la personalidad, los derechos de familia, y los derechos políticos. No obstante, si se produce una violación de dichos derechos, y como consecuencia de ejercer la pretensión correspondiente se obtiene una cantidad económica por la vulneración de los mismos, ésta sí formará parte de su patrimonio⁵⁶. Tampoco se suele admitir que forman parte del patrimonio la capacidad de trabajo y la clientela⁵⁷, aunque si existe algún perjuicio relacionado con alguno de estos aspectos y se produce un daño patrimonial, puede derivarse como ocurre en el caso anterior, algún tipo de resarcimiento económico que se integrará en el patrimonio personal.

2. Las deudas del patrimonio

Cuestión que en cambio es problemática, es la relativa al elemento pasivo o las deudas que se adquieren en el patrimonio. Es decir, si se considera patrimonio únicamente a los derechos y los bienes, o si también se incluyen en el contenido del mismo a las obligaciones. Un sector doctrinal entre los que destaca PUIG BRUTAU⁵⁸ considera que las obligaciones o las deudas no se incluyen dentro del patrimonio ya que son cargas que ya padece.

Mientras que otro sector sí entiende que las deudas sí forman parte del patrimonio, como por ejemplo CASTÁN TOBEÑAS⁵⁹, DE LOS MOZOS⁶⁰, DE CASTRO⁶¹, LACRUZ⁶², DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁶³. Los argumentos a los que recurren para justificar

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 59.

⁵⁷ FAIRÉN, M., *Patrimonio y responsabilidad patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 309.

⁵⁸ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol.I, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 318.

⁵⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., "En torno a la teoría del patrimonio", *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, nº. 1,3-4, 1952, pág. 23.

⁶⁰ DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general...*, *op.cit.*, pág. 603.

⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 47 y 48.

⁶² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 59.

⁶³ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 389.

dicha opción son dos: el tenor del artículo 1.911 Cc, y la transmisión de las deudas de la herencia al heredero. El artículo 659 Cc ya lo deja claro al afirmar que: “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*”. El artículo 661 Cc añade además que: “*Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”. Por su parte DE CASTRO⁶⁴ diferencia entre deudas y cargas del patrimonio. Señala que las deudas forman el pasivo del patrimonio, ya que el deudor debe responder de ellas con su patrimonio, no pueden escindirse de los bienes. Es lo que denomina “viscosidad de las deudas” y son una señal clara del estado en el que se encuentra el patrimonio. Sin embargo, la carga es distinta, porque se refiere a un bien o a un derecho concreto, no es una obligación que “obliga” al patrimonio. Como señala, “su levantamiento o atención sólo condiciona evitar un perjuicio o pérdida, respecto a dicho bien o derecho”. Añade que “No habrá obligación de cumplirlas si se abandona o renuncia al inmueble, a la cosa común o a lo donado. Mas, como en general, son atendibles, por ser ello ventajoso, se les considera, aunque con la inexactitud indicada, parte del pasivo patrimonial, a las que ha de atender el administrador y el liquidador de un patrimonio”.

En la doctrina foránea también hay diversidad de opiniones. Algunos autores alemanes sobre todo, entienden que el patrimonio sólo está formado por derechos y no por las obligaciones. LARENZ⁶⁵ lo explica en los siguientes términos: “La equiparación del patrimonio con el patrimonio bruto es adecuada debido a que el patrimonio de una persona aparece desde el punto de vista jurídico-civil y de la responsabilidad, en cierto modo, como el depósito del que pueden hacer extracción los acreedores del titular del patrimonio, en tanto sea suficiente, a fin de satisfacerse por sus créditos. En tanto exista aún patrimonio bruto, los acreedores pueden esperar ser satisfechos, aun cuando el patrimonio neto sea igual a cero (esto es, cuando se igualan el activo y el pasivo)”.

¿Forman parte del patrimonio las cosas futuras? La doctrina de forma unánime responde afirmativamente a esta cuestión alegando los artículos 1.271⁶⁶ y 1.911 del Cc, el

⁶⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, op.cit., págs.47 y 48.

⁶⁵ LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte general*, traducción y notas de IZQUIERDO, M., PICAWEA, M., Edersa, Madrid, 1978, pág.407.

⁶⁶ Art. 1.271: “*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aun las futuras.*”

primero en relación con el objeto del contrato y el segundo con la responsabilidad patrimonial universal.

VII. TIPOS DE PATRIMONIO

La doctrina tampoco ha establecido unos criterios unánimes a la hora de establecer una catalogación de los tipos de patrimonio. Lo que sí es criterio común, es el reconocimiento del patrimonio personal y de la existencia de otro tipo de masas patrimoniales con unas características propias que lo diferencian de aquél.

DE CASTRO⁶⁷ habla de patrimonio personal como la forma regular del patrimonio y de otra serie de patrimonios presentes en el ordenamiento jurídico como son: el patrimonio separado, el patrimonio con titular interino, el patrimonio destinado a un fin y el patrimonio colectivo. DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁶⁸ señalan cuatro tipos de patrimonio: el patrimonio personal, los patrimonios separados, los patrimonios colectivos y los patrimonios en situación interina.

LACRUZ BERDEJO⁶⁹ diferencia entre patrimonio personal y patrimonio autónomo, éste último como “uno en el que, por ordenarlo o permitirlo así la ley, bienes pertenecientes a una o varias personas se hallan individualizados formando un conjunto sometido a titularidades y gravado con deudas específicas, coexistiendo con el patrimonio general de su titular o titulares”, y distingue entre ellos varias clases, aunque señala como los más típicos el patrimonio separado y los patrimonios colectivos.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”

⁶⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, op.cit., pág. 54.

⁶⁸ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., págs.393 y 394.

⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I...*, op.cit., pág.61.

Para DE LOS MOZOS⁷⁰ hay dos tipos de patrimonios, el personal y el separado dentro del cual se puede hablar de dos subespecies: patrimonios separados por estar afectos a un fin, o los patrimonios separados por otras condiciones. En el caso del patrimonio personal pueden existir situaciones especiales que sería el caso del régimen económico que rige el matrimonio, y las que se derivan de las limitaciones de la capacidad de obrar. Dentro de los patrimonios separados por estar afectos a un fin, encontraríamos los fideicomisos, los bienes que estén afectos a una fundación de interés público, las fundaciones dependientes, las capellanías y los patrimonios por suscripción. Sin embargo, los de mayor importancia son los patrimonios separados por otras consideraciones. Estos patrimonios se manifiestan en la herencia aceptada a beneficio de inventario, el fideicomiso de determinados bienes, la dote, el patrimonio agrícola familiar, los bienes gananciales y las masas patrimoniales en liquidación.

En resumen, y sin querer ser exhaustivos debido a la profusa literatura que hay sobre el tema, se observa como en la doctrina se acepta la existencia de diversos patrimonios distintos del patrimonio personal, sin embargo no se comparten unos criterios sistematizadores unánimes de los mismos, ni una terminología única. Es más, un mismo patrimonio para unos se considera que forma parte de una categoría y para otros de otra.

Sin embargo, hay que realizar una precisión, y es que en las últimas décadas se ha manifestado la presencia de nuevas modalidades patrimoniales, que son de difícil incardinación en las categorías tradicionales clásicas del patrimonio, como más adelante se verá, y cuyo “nacimiento” viene determinado por un cambio económico, social, intelectual y jurídico de la sociedad⁷¹. Estas nuevas modalidades patrimoniales, son denominadas con los términos clásicos, pero en ocasiones son difíciles de encuadrar en esas categorías generales. El Derecho evoluciona según las necesidades de la sociedad, por tanto, esta aparición de nuevas masas patrimoniales es una consecuencia lógica del desarrollo del individuo y de la sociedad. El patrimonio protegido de la persona con discapacidad, por ejemplo, es una figura del siglo XXI, fruto de la concepción desarrollada en los últimos años basada en la visión o la necesidad de establecer mecanismos para que las personas con discapacidad puedan valerse por sí mismas, y

⁷⁰ DE LOS MOZOS, J.L., *Estudios sobre derecho de los bienes*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 315 a 318.

⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?”, *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. La Ley, Madrid, 2006, pág. 601.

poder satisfacer sus propias necesidades. Este tipo de patrimonio no ha surgido hasta que se ha superado la concepción de personas de “segundo grado”, y se ha comprendido la discapacidad como un problema relacionado con las barreras sociales, y no como un problema de la propia persona. Otro ejemplo, son los fondos de inversión, que obviamente no han surgido hasta que el mercado financiero y bancario ha reclamado nuevas fórmulas de inversión, que obviamente en la primera mitad del siglo XX no eran necesarias.

Así frente a los tradicionales patrimonios, tales como la dote, el patrimonio del ausente, del nasciturus, la herencia aceptada a beneficio de inventario, etc., se presentan unos nuevos patrimonios acordes con la sociedad actual, como son los fondos de inversión, los *trust*, los patrimonios fiduciarios, el patrimonio de la persona con discapacidad, patrimonios que sí bien derivan directamente de las clásicas categorías revisten también unas características propias.

Vamos a utilizar la terminología de patrimonio personal y patrimonios autónomos como categoría general para recoger dentro de él, los diversos subtipos de patrimonios que pueden existir en el Ordenamiento Jurídico y que son distintos al patrimonio general o personal. La razón que nos lleva a adoptar esta posición, es la dificultad que ha existido desde hace tiempo para intentar delimitar estas categorías patrimoniales, y que no ha llegado a consensuarse.

1. Patrimonio personal

El patrimonio personal, bien sea de la persona física o jurídica, es el patrimonio “normal”, regular u ordinario de la misma; una persona tiene un patrimonio desde que nace hasta su muerte aunque no tenga bienes, o aunque el pasivo sea superior al activo⁷².

⁷² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Teoría general...*, *op.cit.*, pág. 123, habla del caso del patrimonio del recién nacido o mejor dicho de su ausencia. Dicho autor entiende el patrimonio como contenido, no como continente, y por tanto el recién nacido no tendría patrimonio, al no haberse formado aún, por no existir activo ni pasivo. Sin embargo, matiza que esa “ausencia de patrimonio” sería momentánea, ya que en el momento en que al recién nacido “lo vistan o adornen... o le doten de algo... comienza a tener cosas propias, y se inicia la formación de un patrimonio”. Sin embargo, para BIONDI esto no sería del todo exacto, ya que él consideraba que un vagabundo no podría considerarse que tuviera patrimonio, por el hecho de

Como señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁷³: “posee claramente fuerza expansiva y generalidad para comprender o englobar la totalidad de las relaciones jurídico-económicas de las personas que no estén sometidas a un régimen jurídico especial”. Es decir, que tiene *vis attractiva*, ello implica que si existe un derecho o un bien o una deuda que no esté sometida a un régimen específico, se integra directamente en el patrimonio personal.

La unidad del patrimonio se basa en la personalidad del titular, como señala CASTÁN TOBEÑAS⁷⁴, y por tanto, según él no constituye una *universitas iuris*, sino que únicamente es un conjunto de bienes unido por la unidad del titular, por lo que ese conjunto de bienes no ha de tener un tratamiento diferente al de los bienes que lo integran.

El patrimonio personal sirve para satisfacer las necesidades de las personas, como ya se observó en el apartado de las funciones del patrimonio, y es la base de la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1.911 del Cc.

En el caso del patrimonio de un menor o del tutor respecto del pupilo, es decir, patrimonios que dependen de la administración de los representantes legales, a pesar de estar sometidos a la gestión de un tercero siguen considerándose su patrimonio personal, a diferencia de lo que suele ocurrir con los patrimonios con titular interino, o los patrimonios de destino. Para DE LOS MOZOS⁷⁵ ésta sería una situación anormal en la que se encontraría el patrimonio personal, dependiente de las limitaciones en la capacidad de obrar.

tener la limosna que le ofrecían las personas, o por llevar la ropa andrajosa que vistiera, ya que el patrimonio por muy modesto que fuera, tenía que ser apreciable. BIONDI, B., *Los Bienes...*, *op.cit.*, pág. 182.

⁷³ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág.383.

⁷⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, pág.654.

⁷⁵ DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general...*, *op.cit.*, pág. 607. Entiende también que “no forma patrimonio independiente o separado del patrimonio general el del negocio o establecimiento del comerciante individual (mientras no constituya una persona jurídica independiente o sirva de base para ello).

2. Los patrimonios autónomos

No existe en la actualidad unos criterios uniformes a la hora de categorizar o denominar los patrimonios existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico. Se hablaba tradicionalmente de patrimonios de destino, patrimonios especiales, patrimonios separados *stricto sensu*, patrimonios separados como categoría específica que englobaba todos los patrimonios que eran distintos del patrimonio personal, etc.

Por nuestra parte, y como ya se señaló anteriormente vamos a optar por denominar patrimonios autónomos a las masas patrimoniales distintas del patrimonio personal, como categoría general, porque consideramos que puede ayudar a simplificar un poco esta confusión terminológica. De todas formas, no creemos que establecer unas categorías herméticas o cerradas sea necesario, ya que en la actualidad muchos de los patrimonios que están surgiendo debido a las necesidades sociales y económicas actuales, están a caballo entre varias de las categorías patrimoniales.

Llamamos patrimonio autónomo a aquél que por determinadas circunstancias es independiente del patrimonio personal. VON THUR⁷⁶ consideraba que la ley hacía que una parte del patrimonio se constituyera en una posición jurídica aparte. Era el patrimonio especial. Esta posición jurídica podía derivarse de un derecho de administración especial que recaía sobre los bienes, por ejemplo en la masa del concurso, o bien por ser libre del que pesa sobre el patrimonio principal, como los bienes que se reservaban a la mujer. En la mayoría de casos estaríamos en esta situación, habría deudas de las que sólo respondiera el patrimonio personal pero no el separado, y a la inversa, deudas que sólo respondan de éste pero no de aquél. Las adquisiciones que se realizaran podían corresponder bien al patrimonio personal, o bien al separado, rigiendo el principio de subrogación, por lo tanto lo que se adquiriera con medios del patrimonio especial, formaría parte de éste.

AUGUSTO PINO⁷⁷, señalaba en atención a los patrimonios autónomos, o separados como él los denominaba que el patrimonio separado era un conjunto de derechos

⁷⁶ VON THUR, *Parte General...*, *op.cit.*, pág. 30.

⁷⁷ PINO, A., *Il patrimonio separato*, Padova, Cedam, 1950, pág. 96.

subjetivos y de bienes que se destinaban a resolver una función determinada, distinta de la general. Sin embargo, opinaba que el destino de los bienes y derechos podría ser la clave para resolver algunos problemas como el límite del patrimonio separado, el problema del uso de los bienes de un patrimonio separado, y el problema de las controversias jurídicas que pueden existir entre quien administra el patrimonio separado y el titular del mismo⁷⁸. Además apuntaba que la diferencia entre patrimonio separado y el restante patrimonio era que el primero cumplía una función particular a diferencia del segundo, y que por tanto faltando esa particularidad desaparecía la separación. Ponía como ejemplos el caso de la dote, en el sentido de que una vez disuelto el matrimonio hacía disolverse el vínculo dotal, ya que la masa patrimonial constituida en dote ya no podía cumplir su función y por tanto la dote no puede constituirse la misma sin referencia a un determinado matrimonio.

2.1. Características de los patrimonios autónomos

RIVERO FERNÁNDEZ⁷⁹ dispone que uno de los criterios delimitadores, o uno de los factores necesarios para que nazca un patrimonio autónomo es el fin o función que cumple ese patrimonio. Pone de relieve como en estos patrimonios cobra especial importancia tres aspectos:

a) La relevancia mayor de las deudas que los bienes o derechos, es decir, que adquiere importancia el pasivo frente al activo para delimitar la autonomía de un patrimonio. Por tanto, existirá un patrimonio autónomo cuando el legislador entienda que un conjunto determinado de bienes es susceptible de tener una responsabilidad separada del patrimonio personal.

b) El segundo aspecto es la función de esa masa de bienes.

c) La imputación de las relaciones jurídicas atribuidas a un patrimonio y no a otro.

⁷⁸ PINO, A., *El patrimonio separado...*, *op.cit.*, págs. 116 y ss.

⁷⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los patrimonios autónomos...*, *op.cit.*, págs.625 y ss.

2.1.a) Régimen específico de responsabilidad por deudas

El tema de la responsabilidad frente a las deudas, es una de las cuestiones más importantes y trascendentes ya no sólo de nuestro Derecho, sino de todos los Ordenamientos Jurídicos en el que esté presente el principio de la seguridad jurídica. El tema de la responsabilidad hace referencia básicamente al nivel de separación de deudas o de responsabilidad de los patrimonios, en qué medida responde un patrimonio de las deudas que tenga el titular. Todos sabemos, y como ya se ha dicho anteriormente, que de las deudas se responden con todos los bienes, ya sean presentes como futuros⁸⁰. Sin embargo, con los patrimonios autónomos, este principio puede aceptar modulaciones. A pesar de que este tema, será tratado en un apartado posterior, sería conveniente dejar sentadas algunas cuestiones.

Como se acaba de decir, la limitación de la responsabilidad es una excepción al artículo 1.911 Cc, norma que es imperativa y por lo tanto las partes no pueden establecer pactos para modificarla, la única que puede hacerlo es la Ley. Ésta es la única que permite que ciertas masas patrimoniales únicamente respondan de las deudas que se originan con cargo a ella, por ejemplo la herencia aceptada a beneficio de inventario, por lo que el patrimonio personal del heredero estará “a salvo” de los acreedores hereditarios.

Creemos que es necesario apuntar que desde que se promulgó el Cc, los tiempos han cambiado, y las necesidades no son las mismas que las de antes. A pesar de que este aspecto se tratará en el momento de analizar el artículo 1911 Cc, nos gustaría dejar apuntado un detalle. Han surgido nuevos colectivos sociales que demandan una protección más específica, por las circunstancias que revisten. Estamos hablando por ejemplo de las personas con discapacidad. Si les aplicamos los esquemas tradicionales de responsabilidad, debido a la dificultad en la integración laboral, les será más difícil tener un patrimonio personal que les sirva para satisfacer sus necesidades. Por tanto, si su patrimonio es insuficiente y los acreedores se han de dirigir contra el mismo, puede implicar que en el patrimonio de la persona con discapacidad las deudas superen a los

⁸⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 508 señala expresamente que la misión del activo patrimonial es la de servir de garantía a los acreedores, junto con la satisfacción de sus fines y necesidades.

bienes y derechos, y por tanto no pueda cumplir ninguna de las dos funciones principales que tiene el patrimonio.

Esto no quiere decir, que deje de tener aplicación el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero sí que en determinadas casos pueda flexibilizarse, y que tanto el patrimonio personal como los patrimonios autónomos respondan de sus propias deudas, y no que los acreedores puedan ir contra cualquiera de las masas patrimoniales indistintamente, obviamente sin perjuicio de las medidas que deban tomarse para evitar perjudicarles.

2.1.b) Medidas de protección con relación a terceros

Como señala la doctrina⁸¹, es necesario que se adopten determinadas medidas con relación a terceros, para salvaguardar sus intereses y que tengan conocimiento de las especiales características que revisten el patrimonio o patrimonios del titular con el que entablan una relación jurídica. Para la doctrina estas características son: la delimitación del activo y el pasivo, la cognoscibilidad, y la publicidad.

La delimitación del activo y el pasivo hace referencia a que es necesario determinar cuáles son los bienes y derechos que conforman el activo del patrimonio, y la responsabilidad concreta de los mismos, o las deudas de que responden esos bienes. El destino concreto de esos bienes también ha de quedar delimitado, porque en ocasiones es el elemento que motiva la limitación de la responsabilidad.

Obviamente, si se limita por decirlo de algún modo el principio general de responsabilidad universal, es necesario que las personas que tengan relación con ese patrimonio tengan constancia de este hecho, para ello en aras a la seguridad jurídica serán necesarios dos requisitos: el acto constitutivo y la publicidad. La ley exige que conste en los Registros correspondientes la condición característica de los bienes y derechos de un patrimonio autónomo, para poder proteger a los terceros de buena fe. Por ejemplo, el

⁸¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los patrimonios autónomos...*, op.cit., pág. 629.

artículo 8.2 de la LPPPD, en el párrafo primero señala que: “*Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente*”. Por lo que respecta al acto constitutivo, obviamente habrá que utilizar instrumentos que garanticen o refuercen esa seguridad jurídica, como es el caso de la escritura pública, y no documentos privados que no otorgan la misma seguridad.

2.1.c) Relevancia del fin o destino

En este tipo de patrimonios adquiere mayor relevancia el fin o destino de la masa patrimonial, frente a la persona. Por tanto lo que da unidad al patrimonio es el destino que ha de darse al patrimonio. RIVERO HERNÁNDEZ⁸² señala que “el fin o destino constituye, así, de una u otra forma, con distinto alcance según casos y patrimonios, un criterio determinante de la autonomía de constante referencia, y su papel es tan relevante que aconseja o impone una interpretación y aplicación finalista, de las normas correspondientes a la hora de dilucidar esa cuestión”.

2.1.d) Régimen de administración y gestión específicos

La administración y gestión específica de los patrimonios autónomos, es un punto de especial relevancia. La administración de los patrimonios clásicos se centra en la conservación del patrimonio sin embargo, en los patrimonios “más nuevos” por denominarlo de algún modo, la administración se basa en la necesidad de que ese patrimonio sea fructífero. Lo particular de estos nuevos patrimonios, es que el administrador ya no será nombrado siempre por el juez, sino que serán en unos casos las personas que lo constituyen, los que determinen quien será el administrador o administradores, así como las reglas que han de regir la administración. Además las leyes que regulan dichos patrimonios, van a recoger mecanismos rígidos de control para que los

⁸² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los patrimonios autónomos...*, op.cit., pág. 626.

gestores o administradores no sobrepasen los límites de su actuación y así perjudicar el patrimonio.

2.2. Características específicas de los nuevos patrimonios autónomos

Dentro de los patrimonios autónomos podemos diferenciar varios tipos: el patrimonio separado, patrimonio con titular interino, patrimonios afectos a un fin o de destino. Sin embargo, creemos que no son categorías estancas, sino que pueden existir patrimonios que puedan encajar en varias de ellas, incluso revestir características de cada uno de ellos. A ello hay que advertir, la existencia de una nueva serie de masas patrimoniales, que no se ajustan bien a los criterios y patrimonios clásicos, y que poseen unas características particulares. Para RIVERO HERNÁNDEZ⁸³ estas características son:

- a) Carácter finalista y voluntario.
- b) Administración dinámica y eficiente.
- c) Importancia del papel del beneficiario.
- d) Despersonalización de la idea de patrimonio.
- e) Carácter transnacional.

En cuanto a la primera característica, no implica que sean creación de los sujetos porque ya hemos visto que el patrimonio únicamente puede ser creado por la ley. Lo que significa es que así como en la mayoría de patrimonios clásicos el hecho que los desencadenaba era una circunstancia ajena a la voluntad de las personas, en estos nuevos patrimonios es el sujeto el que determina si quiere que nazca o no. En los fondos de inversión son las personas las que deciden si contratarlo o no, mientras que por ejemplo en la declaración de la ausencia no depende de un acto de la voluntad del ausente.

El carácter fundamental de la administración y gestión eficiente y dinámica, quiere decir que a diferencia de los patrimonios clásicos, donde la función básica de la administración era conservar el patrimonio, y evitar que se disgregaran sus elementos para no perjudicar al propio titular y a los acreedores, en las nuevas modalidades

⁸³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los patrimonios autónomos...*, *op.cit.*, pág.608.

patrimoniales el fin de la gestión y administración es intentar sacarles el mayor rendimiento posible. Esto implica que en ocasiones la administración del patrimonio no esté concentrada en una sola persona, sino en varias. Supone también que cada tipo de patrimonio tiene unas reglas específicas de administración, y que existan reglas de control más rígidas. Uno de los casos, en que mejor se pone de relieve esta especial administración, son las complejas reglas que establece la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, diferenciando si es el propio beneficiario el que nombra el administrador si tiene suficiente capacidad de obrar o si es el constituyente del patrimonio el que lo nombra o administra⁸⁴.

Respecto a la tercera característica, si atendemos a los patrimonios clásicos, observamos de qué manera se ponía el acento en su titularidad. Sin embargo, en estas nuevas masas patrimoniales adquiere mayor relevancia la figura del beneficiario que por decirlo de algún modo es la persona que se pretende proteger o beneficiar. Así, nos podemos encontrar en una estructura de este tipo con tres sujetos distintos: el titular del patrimonio, el beneficiario del mismo, y la persona a la que se le encomienda la gestión de los bienes. En algunas ocasiones, el titular del patrimonio y el beneficiario podrá coincidir, pero no siempre tendrá que ser así. Por ejemplo en el caso del *trust*, nos encontramos que una persona llamada *settlor* transfiere un conjunto de bienes propios a un fiduciario que es el *trustee*, que debe gestionarlos según las instrucciones de aquél en beneficio de una o varias personas. Según algunos Ordenamientos Jurídicos el *trustee* se convierte en ocasiones en propietario de los bienes, por lo que juega una especie de doble propiedad, de ahí las reticencias de algunos sectores doctrinales, en entender que no tendría cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico. El problema radica que el *trust* es una institución anglosajona, y por tanto procedente del *Common Law*, sistema totalmente distinto al nuestro. A pesar de ello, países como Italia han ido introduciendo esta figura en su Derecho adaptándolo a su sistema, por lo que tampoco sería imposible del todo intentar introducir esta figura que puede ser beneficiosa a nuestro Derecho, como cada vez reclama más la doctrina. No obstante, y adelantándonos a lo que diremos posteriormente, no consideramos que sea necesario adaptar esta institución a nuestro

⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Teoría general...*, *op.cit.*, pág. 128, dispone que: “El régimen especial tanto de gestión y controlada utilización y disponibilidad de la masa separada o conjunto unitario, como régimen de responsabilidad propia y garantía específica de los acreedores, que distinguen estos patrimonios autónomos del general o personal, suponen una derogación legal o especificación normativa del régimen normal a que en ambos aspectos está sometido el patrimonio ordinario.”

Ordenamiento Jurídico, ya que nuestro Derecho es lo suficientemente avanzado, para dar respuesta a los problemas que van surgiendo y que no poseen una reglamentación específica.

Con relación a la despersonalización del patrimonio, significa que se ha superado la idea de que la unidad del patrimonio se deriva de su pertenencia a un titular, y toma especial relieve el fin o destino de estos patrimonios.

La última característica referida al carácter transnacional se basa en que debido a las particularidades de algunos de estos patrimonios, como es el caso del *trust*, y su incidencia en determinados países, esta situación ha llevado a que los organismos jurídicos internacionales hayan visto la necesidad de establecer una normativa que sirva como referencia y medio de unificación de estas instituciones. Es el caso acabado de citar del *trust*, regulado por el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre Ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, y los *Principles of European trust law* de 1999.

2.3. Tipos de patrimonios autónomos

2.3.a) Patrimonio con titular interino

El patrimonio con titular interino es aquél que todavía no tiene un titular definitivo, su titularidad está en suspenso hasta que se produzca el hecho que ha de determinarla, y por tanto es necesario confiar dicho patrimonio a alguien hasta que se concrete la titularidad definitiva. El fin es mantener el patrimonio o conservarlo hasta que se produzca el hecho que determinará la titularidad para protegerlo, evitando que se disgreguen sus elementos y no perjudicar así ni al titular definitivo ni a los acreedores. CASTÁN TOBEÑAS⁸⁵ se refiere a estos patrimonios como patrimonios de destino o patrimonios en administración, señalando como característica esencial de éstos su

⁸⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, pág.659 y 650. Señala además dos efectos jurídicos: uno que sería la gestión por parte de un administrador de ese patrimonio, y la unidad objetiva del mismo derivado del fin o destino al que está adscrito cuyos elementos no pueden disgregarse mientras subsiste la situación.

desvinculación con el titular, y su provisionalidad. Una vez que se determine el titular definitivo del patrimonio, pasará a formar parte de su patrimonio personal. Los patrimonios con titular interino típicos son el patrimonio del *nasciturus*, el patrimonio del concursado, el patrimonio del ausente y varios casos de fenómenos sucesorios.

a') Fenómenos sucesorios

A) La herencia yacente: en el momento en que fallece el causante y se produce la delación de la herencia, puede existir un período de tiempo en el que la persona que ha sido llamada a aceptarla no se haya pronunciado aún al respecto. En este caso la herencia no tiene titular aún definido, porque hay que esperar a que el futuro heredero la acepte. Tal y como señala LACRUZ⁸⁶ “se trata de un supuesto en que el ordenamiento, en defensa del futuro heredero, de los acreedores del caudal, y del orden público y privado, tolera la ausencia de sujeto actual, durante un tiempo, en atención a que tal sujeto existirá luego y cubrirá con su titularidad, dado el efecto retroactivo de la aceptación, todo el período de yacencia desde el fallecimiento del causante”. En ocasiones, para preservarla será necesario establecer una serie de medidas como el nombramiento de un administrador que se encargará de “conservarla”. Esta persona no es el titular de la misma, sino que es una persona que temporalmente se va a encargar de preservar la unidad de la herencia hasta que el titular definitivo la acepte.

B) Herencia sometida a condición: regulada en los artículos 790 y siguientes del Cc. Nuestro Ordenamiento Jurídico permite que tanto la herencia como el legado puedan estar sometido a condición, por tanto si la posición de heredero o legatario viene condicionada al cumplimiento de la condición dispuesta por el testador, hasta que no se cumpla la misma no podrá ser heredero o legatario.

C) Herencia fideicomisaria: artículo 781 y siguientes del Cc. Este caso algunos autores lo consideran también como un supuesto de patrimonio separado. La situación en que nos encontramos es que el testador ha dispuesto que una persona que es el fiduciario,

⁸⁶ LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, y otros., *Elementos de Derecho civil. Sucesiones V*, 3ª. edic. revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 35.

debe entregar en un momento posterior esos mismos bienes que ha recibido a un tercero, que es el fideicomisario. Por tanto, hasta que se produzca el traspaso a ese segundo heredero, los bienes fideicomitidos están separados del patrimonio personal del fiduciario, siendo éste por decirlo de algún modo, un titular provisional, ya que será el segundo heredero el que integre a su patrimonio personal, esos bienes.

b') El patrimonio del ausente

La declaración de ausencia y sus efectos se regulan en los artículos 181 y siguientes del Cc. Una vez que se cumplan los requisitos del artículo 183 Cc, el juez determinará judicialmente la declaración de ausencia. Respecto los bienes del ausente, éstos se someterán a administración por parte del representante que haya nombrado el juez. Se dice entonces que el representante es el titular interino de los bienes hasta que exista constancia de la situación real del ausente. Si aparece el ausente o existen pruebas de su existencia, se dejará judicialmente sin efecto la declaración de ausencia, por lo que el “titular interino” ha de restituirle “su patrimonio”. Si se acredita el fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión y el representante entregará la herencia a los herederos, convirtiéndose ellos en los titulares definitivos de los bienes que integraban el patrimonio del declarado ausente.

c') El patrimonio del *nasciturus*

En un principio si la regla general es que el nacimiento determina el comienzo de la personalidad, habría que entender que el *nasciturus*, es decir, el concebido pero no nacido, no tendría personalidad ya que no cumpliría con los requisitos del artículo 30 Cc⁸⁷, y por tanto no tendría capacidad jurídica. Sin embargo, ocurre que el Ordenamiento Jurídico para evitar situaciones que serían injustas para el *nasciturus*, en concreto, que no tendría derecho a suceder o a recibir una donación por no haber nacido, deja en suspenso su derecho a la herencia o a la donación, hasta que se cumpla la condición necesaria para

⁸⁷ Artículo 30 CC: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

atribuírselo, que es el hecho del nacimiento. En el caso de las donaciones, el artículo 627 Cc permite que las donaciones que se hagan a favor de los *nasciturus* sean aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado su nacimiento. El donante no pierde la titularidad del bien hasta que se produzca el nacimiento y se cumplan los requisitos del artículo 30 Cc, y por tanto ha de custodiar el bien hasta ese momento.

d') Patrimonio del concursado

En el caso de que el empresario o la persona física se declare en concurso de acreedores, ya bien sea de forma voluntaria o forzosa, su patrimonio se va a ver afectado por la declaración del concurso. Uno de los principios que rige esta materia es el de responsabilidad universal, por tanto sus propios bienes personales, van a estar afectos a la satisfacción de las deudas generadas a no ser que se haya constituido una sociedad anónima o limitada. Así por ejemplo, el artículo 77 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁸⁸ establece que : *“1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”*.

Por tanto, es la propia Ley la que nos indica que no hay ningún tipo de responsabilidad separada. En el caso del concurso necesario, la administración de los bienes se consigna al administrador concursal, hasta que se satisfagan los créditos de los acreedores. Una vez satisfechos, el remanente se integrará en el patrimonio personal del deudor.

⁸⁸ Publicada en el BOE número 164, de 10 de julio de 2003.

2.3.b)Patrimonio de destino o patrimonio afecto a un fin

Este tipo de patrimonios son aquellos donde mejor se pone de relieve la teoría objetiva del patrimonio. En ellos, la pertenencia a “alguien” pierde relevancia, frente al fin o destino al que está sometido el patrimonio. Una vez que se satisface el destino al que están llamados desaparecen⁸⁹.

Los patrimonios tradicionales afectos a un fin eran básicamente las capellanías, los patrimonios por subscripción, es decir, aquellos bienes que se recolectan o recogen para destinarlos a obras de caridad básicamente, y los bienes de las fundaciones cuando todavía no se han constituido.

En la actualidad existen una serie de masas patrimoniales, que por sus circunstancias se consideran como patrimonios de destino. Estos casos son los patrimonios fiduciarios, algunos fondos de inversiones, y según la LPPPD el patrimonio protegido del discapacitado. En este caso, y como se explicará más adelante, a pesar de que la Ley señale que es un patrimonio de destino, consideramos que es un patrimonio separado.

Se considera patrimonio afecto a un fin, el conjunto de bienes y derechos que deja un testador para la constitución de una fundación. Una vez que se ha constituido legalmente, ese patrimonio deviene patrimonio personal de la fundación, pero hasta que se produce ese hecho, los bienes que ha dejado el testador han sido un patrimonio que tenía como fin o destino, la destinación a la fundación.

a') Patrimonio fiduciario

La fiducia o el patrimonio fiduciario es una institución compleja, que ha ido evolucionando desde sus orígenes romanos. Como es una institución presente en muchos

⁸⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 62 y 63, a este respecto dispone que “la radical supresión de los mayorazgos y la regulación de las fundaciones como patrimonios personales, han hecho que las figuras jurídicas que ahora pueden considerarse patrimonios afectados a un fin tengan carácter excepcional”.

Ordenamientos Jurídicos y con diversas variaciones, y ya que este no es nuestro objeto de estudio, únicamente apuntaremos el concepto de negocio fiduciario, en el que se resalta la idea de función o destino. Se ha definido la fiducia como “aquél negocio por el que una de las partes –el fiduciante- transmite un bien o derecho a la otra –el fiduciario- para que este último lo emplee en la realización de un fin convenido por ambas partes y acordando que, una vez cumplido dicho fin, el fiduciario retransmitirá el bien a favor del beneficiario que podrá ser el mismo fiduciante o un tercero”⁹⁰.

b') Fondos

Existen varios tipos de fondos, como pueden ser los fondos de inversiones, los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de inversión mobiliaria o inmobiliaria, etc.⁹¹ Este tipo de masas patrimoniales poseen un régimen jurídico bastante complicado, siendo regulado cada uno por sus propias leyes. Estos fondos son patrimonios adscritos a un fin, y patrimonios colectivos. Lo que caracteriza estos patrimonios, en términos generales, es que existen unos bienes que forman parte del fondo y unas participaciones que se les otorga a los partícipes. Estas participaciones forman parte del patrimonio personal. GARCÍA GARCÍA⁹² dispone que “es algo similar a lo que ocurre respecto a las personas jurídicas societarias, en que una cosa es el bien perteneciente al patrimonio de la persona jurídica, y otra las acciones o participaciones pertenecientes al patrimonio personal de cada persona física”.

Se administran o gestionan por unas sociedades específicas denominadas gestoras y depositarias. Y según el tipo de fondo que sea, tendrá un fin u otro. Por ejemplo, en el caso de los Fondos de Inversión Mobiliaria e Inmobiliaria, la finalidad es la de regular los posibles riesgos que puedan sufrir los inversores, dividiéndolos y compensándolos, e intentar garantizar una rentabilidad de los bienes que se aportan. Los Fondos de Pensiones se crean para poder satisfacer las pensiones de jubilación, de viudedad, etc. Mientras que los Fondos de Capital- Riesgo, intentan proporcionar recursos económicos a las

⁹⁰ MATEO Y VILLA, I., “De la fiducia gestión”, *RCDI*, nº.704, año 83, 2007, págs. 2587 y 2588.

⁹¹ GARCÍA GARCÍA, J., *Teoría general del patrimonio...*, *op.cit.*, págs.605 y 606.

⁹² GARCÍA GARCÍA, J., *Teoría general del patrimonio...*, *op.cit.*, págs.604 y 605

denominadas PYMES, es decir, pequeñas y medianas empresas, a las que no les es fácil obtener financiación.

2.3.c) Patrimonios colectivos

Se habla de patrimonio colectivo para referirse a aquel conjunto de relaciones jurídicas tanto activas como pasivas, que pertenecen conjuntamente a varias personas, coexistiendo con el patrimonio personal de cada uno de ellos. Señalan DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS⁹³, que a pesar de pertenecer a “una unión o asociación no se personifican especialmente, es decir, no dan lugar a una persona jurídica independiente de sus componentes”.

a') Sociedad de gananciales

El supuesto más típico de patrimonio colectivo es el caso del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. Cada uno de los cónyuges posee su patrimonio personal, pero además ambos son titulares del patrimonio ganancial. Éste tal y como señala MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO⁹⁴ “se trataría de un típico patrimonio colectivo, responsable de las deudas que la ley le ha atribuido especialmente, delimitado por el Código, mediante la enumeración de los bienes propios de cada cónyuge (art. 1.346) y de los que adquieren la condición de ganancial (art. 1347); regulando meticulosamente el activo y el pasivo y los poderes que para disponer y obligar tienen cada uno de los cónyuges, como titulares del mismo”.

En la sociedad de gananciales, los cónyuges no tienen cuotas, sino que ambos son titulares por decirlo de algún modo de toda la sociedad en cuanto tal. El patrimonio ganancial pertenece a ambos cónyuges, pero sin diferenciar partes de cada bien. La

⁹³ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág.394.

⁹⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 14.

naturaleza jurídica del patrimonio ganancial, también ha sido discutida, pero se entiende que es una comunidad de tipo germánico⁹⁵.

Respecto la responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales, el tema es muy complejo. En principio, los cónyuges responden de las deudas que se han originado para satisfacer las cargas del matrimonio a través del patrimonio ganancial, y no con los bienes privativos de cada uno de ellos. Sin embargo, esto precisa matizaciones, ya que en determinados casos el patrimonio privativo de los cónyuges responderá de las deudas, atendiendo a si éstas se derivan de las cargas familiares, si existe o no consentimiento, etc. Lo que sí está claro, es que de una deuda contraída por uno de los cónyuges que no se derive de la condición de carga familiar, no responderá el patrimonio privativo del otro cónyuge.

b') Comunidad hereditaria

Se habla también de patrimonio colectivo respecto la herencia cuando existe pluralidad de herederos, y todavía no se ha hecho la división de la misma. Por ejemplo, una herencia para tres coherederos. En este caso, cada heredero tiene derecho a un tercio del total de herencia, pero no a un tercio de cada uno de los bienes y derechos que la componen. GARCÍA GARCÍA⁹⁶ entiende que “la conexión entre el patrimonio personal y el patrimonio hereditario en comunidad existe, si se enfoca como un derecho hereditario *in abstracto*, que puede ser incluido con ese carácter indeterminado dentro del patrimonio personal de cada heredero, pero al mismo tiempo tiene un tratamiento conjunto como patrimonio colectivo sobre los bienes hereditarios. Ese derecho hereditario *in abstracto*, es susceptible de negociación y recae sobre diferentes bienes, pero sin atribución de partes determinadas sobre ellos”.

El problema que se suscita es cómo van a responder los herederos de las deudas de la herencia. El Cc distingue si se ha procedido a realizar la partición de la herencia o no. Si no se ha procedido a dividir la herencia, el heredero que ha aceptado de forma pura y

⁹⁵DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol.III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, séptima edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág.72.

⁹⁶GARCÍA GARCÍA, J.M., *Teoría general del patrimonio...*, *op.cit.*, pág. 602.

simple responderá con su parte de la herencia y con sus bienes personales. Si por el contrario, está aceptada a beneficio de inventario, los acreedores sólo podrán intentar hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio hereditario.

Después de la partición, los acreedores pueden exigir en virtud del artículo 1.084 Cc⁹⁷ que cualquiera de los herederos que aceptó la herencia de forma pura y simple, satisfaga sus créditos por entero, y en el caso que esté aceptada a beneficio de inventario, hasta la porción que le corresponde.

c') Sociedades irregulares

La sociedad irregular es aquella sociedad que actúa en el tráfico jurídico pero que no está inscrita en el Registro Mercantil, o no ha sido constituida en Escritura Pública. El problema que existe en este tipo de sociedades es que van a entablar relaciones con terceros, con los que se pueden derivar créditos y deudas. Estas sociedades se registrarán entonces o bien por las reglas de las sociedades colectivas, si el objeto de la sociedad es mercantil, y si no lo es por la sociedad civil. Así los contratos que realicen los administradores van a ser considerados válidos, pero van a responder de las deudas sociales que se hayan ocasionado todos los socios, personal y solidariamente con todos sus bienes. Por tanto, en este caso no hay separación de responsabilidad entre el patrimonio personal de los socios y el de la sociedad en cuanto tal, por faltarle el requisito de la inscripción⁹⁸.

⁹⁷ Art. 1.084 Cc: *“Hecha la partición, los acreedores podrá exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.*

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda”.

⁹⁸ El art. 16 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas regula las sociedades irregulares en los siguientes términos: *“1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.*

2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad”.

2.3.d) Patrimonio separado

La naturaleza jurídica del patrimonio separado es una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente. El patrimonio separado es aquel patrimonio que convive con el patrimonio personal, y que por determinadas circunstancias el Derecho entiende que no debe integrarse en él. Sus orígenes están datados en el Derecho Romano, en concreto en el Peculio y la dote.

Como acabamos de apuntar, no existe unanimidad para determinar el porqué de esa “separación” del patrimonio personal. Para algunos autores, el fundamento radica en la distinta responsabilidad por deudas de los patrimonios, es decir, que cada uno de los patrimonios responde de sus deudas, y por tanto, los acreedores no podrían satisfacer sus créditos ante cualquiera de los dos patrimonios, sino frente al que se hubieran originado. Para otros autores⁹⁹, el fundamento además de la responsabilidad de las deudas, puede ser la existencia de una gestión y administración especial.

BIONDI¹⁰⁰ considera que la separación como implicaba apartamiento determinaba además la fijación objetiva del mismo, “de modo que constituyera un círculo cerrado, y por tanto pueda sufrir modificaciones, aumento, disminuciones, sólo por causas intrínsecas al mismo patrimonio”. LARENZ¹⁰¹ por su parte apuntaba varias causas que justificaban la formación del patrimonio separado. En primer término, que el fin de la separación consistía en reservar al patrimonio separado de forma exclusiva, para satisfacer a un grupo de acreedores y poder satisfacer sus créditos con carga a ese patrimonio. Por ejemplo, el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario, la finalidad de la separación vendría motivada, para que todos los acreedores hereditarios satisfagan sus créditos contra la herencia, y no contra los bienes propios del heredero que ha aceptado la herencia.

El segundo motivo que fundamentaba la separación, era la de dar un uso concreto al patrimonio separado o para conservarlo a favor de un sucesor concreto. El último

⁹⁹ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 394.

¹⁰⁰ BIONDI, B., *Los Bienes...*, *op.cit.*, pág. 34.

¹⁰¹ LARENZ, K., *Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs.414 y 415.

argumento que daba era el referido a la comunidad de bienes conyugal, y la administración de un curador para los bienes de un menor, bienes que serían parte de un patrimonio especial. Entendía además que según el fin de la separación de un patrimonio, se iban a derivar distintas consecuencias jurídicas.

Las características básicas de estos patrimonios son en primer lugar la responsabilidad propia, es decir, el patrimonio sólo va a responder de las deudas que se hayan originado en él o con él. Otra de las características es la delimitación del contenido patrimonial, que normalmente se basará en la necesidad de elaborar un inventario, y como tercer y último elemento se habla de régimen de gestión y administración específicas. Se dice también que tiene vocación de integrarse en el patrimonio personal del titular, sin embargo, opinamos que esta circunstancia dependerá de la clase de patrimonio de que se trate. Porque como más adelante se verá, en el caso del patrimonio protegido del discapacitado, el aportante del bien puede establecer el uso o destino del bien posterior a la disolución del patrimonio, por lo que si no ha establecido que forma parte del patrimonio del discapacitado, no se integrará en el patrimonio personal.

a') Herencia aceptada a beneficio de inventario.

Este es el supuesto paradigmático o más claro del patrimonio separado. Como se sabe, hay dos formas de aceptar la herencia: de forma pura y simple y a beneficio de inventario. En el primer caso si el heredero acepta de forma pura y simple la herencia, ésta pasará a formar parte de su patrimonio personal confundándose ambas masas patrimoniales. La consecuencia más inmediata que se produce es que el heredero asume las deudas del causante de forma que si no hay suficientes bienes en el caudal relicto para satisfacerlas, el heredero responderá de las mismas con sus propios bienes, por lo que no habría limitación de su responsabilidad.

Pero por el contrario, el heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario¹⁰². En este caso los bienes de la herencia no se confunden con los suyos propios, y por tanto los acreedores de la herencia sólo podrán satisfacer sus créditos con

¹⁰² Vid. artículos 1010 a 1034 Cc.

los bienes hereditarios, y nunca con los bienes personales del heredero. Una vez que se han satisfecho todas deudas que se derivaban de la masa hereditaria, es decir, una vez liquidada la herencia, el remanente ya pasará a formar parte del patrimonio personal del heredero. Como dispone RIVERO HERNÁNDEZ¹⁰³ “tiene cabida en este grupo en cuanto que funciona como patrimonio separado durante la etapa de liquidación hasta el pago de las deudas de los acreedores y legatarios (arts. 1026 y ss.), y sólo después se integrará y confundirá con el patrimonio (personal) del heredero.

Por tanto, el patrimonio personal y la herencia aceptada a beneficio de inventario, son autónomos o independientes uno del otro. Las deudas quedan limitadas a la masa hereditaria y por tanto, los acreedores de la herencia únicamente pueden ir contra los bienes hereditarios, pero no sobre el patrimonio personal del heredero. El fundamento de esta forma de aceptar la herencia se remonta al Derecho Romano, en concreto a Justiniano. Observó que en ocasiones si la herencia estaba gravada con deudas que superaban el activo del caudal relicto, y el heredero aceptaba una herencia de este tipo, los acreedores al tener la posibilidad de “atacar” los bienes propios del heredero podía provocar que éste se arruinara.

b') Patrimonio agrícola familiar

La Ley de 24 de diciembre de 1981, derogada en la actualidad por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias¹⁰⁴, regulaba entre otros aspectos, las denominadas explotaciones familiares agrarias, definidas en su artículo 2 como: “conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones”. El problema que se suscitaba antes de su derogación, aunque estos patrimonios siguen existiendo la actualidad, era la de su naturaleza separada. FERRERO HORMIGO¹⁰⁵ exponía

¹⁰³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Teoría general...*, op.cit., pág. 130.

¹⁰⁴ Publicada en el BOE de 5 de julio de 1995, núm. 159.

¹⁰⁵ FERRERO HORMIGO, J.L., “La explotación familiar agraria en la Ley de 24-XII-81. Concepto, naturaleza jurídica y elementos”. *Revista de Estudios Agrosociales*, nº 123, 1983, págs. 32 y 33.

que dependía de la idea de la naturaleza jurídica que se tenía respecto de la separación. Señala que si se entendía que por patrimonio separado “aquel conjunto de relaciones jurídicas que se encuentran, por estar destinadas a un fin especial, sujetas a un especial régimen jurídico, habríamos que concluir que las E.F.A. sujetas al Estatuto (Ley 49/1981) lo son, pues su normativa jurídica es distinta de la que se aplica (especialmente en materia de disposición *inter vivos* y *mortis causa*) al resto del patrimonio del titular”. Pero si por el contrario se entiende que en el patrimonio separado, “el criterio decisivo a la hora de diferenciar el patrimonio general del separado es la sujeción de éste a un régimen especial de responsabilidad por razón de deudas, habremos que concluir que las E.F.A., evidentemente no reúnen tal requisito”.

c') Dote

La dote, a pesar de que no está prohibida en nuestro Ordenamiento Jurídico ya no existe en el mismo, y consistía o era el conjunto de bienes que la mujer aportaba al matrimonio, para satisfacer las necesidades de la familia, y los que durante el mismo adquiriera por herencia, donación o legado de carácter dotal. La dote fue suprimida por la reforma del Código Civil de 1981 llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio¹⁰⁶. En el caso de la dote la administración sólo correspondía al marido, a diferencia de los bienes parafernales que eran administrados por la mujer, pero que sin embargo también estaban destinados a satisfacer las cargas del matrimonio. En este sentido, sería de destacar el antiguo artículo 1386 Cc que establecía que “*Las obligaciones personales no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia*”.

¹⁰⁶ Publicada en el BOE número 119 de 19 de mayo de 1981.

d')El patrimonio protegido del discapacitado

Esta es una de las nuevas formas patrimoniales, que desde que surgiera en 2003, ha creado un mayor debate acerca de su naturaleza jurídica. La doctrina vacila en considerarlo como un patrimonio de destino o como un patrimonio separado.

Adelantándonos a un apartado posterior, y únicamente para introducir el tema, consideramos que es un patrimonio separado. Es cierto, que como apuntan los que defienden que es un patrimonio de destino, esa masa está afectada a la consecución de un fin, cual es el de satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Sin embargo, en mayor o menor medida los patrimonios que reconoce el Ordenamiento Jurídico, sean de la categoría que sean tienen un destino concreto y que lo que realmente le da valor al patrimonio protegido, es la necesidad de estar configurado como una masa patrimonial separada frente al patrimonio personal de la persona con discapacidad, con la finalidad de que cada patrimonio tenga sus propias deudas, y los acreedores no puedan dirigirse indistintamente ante cualquier masa patrimonial, claro está siempre que exista un control de los desplazamientos patrimoniales que se vayan produciendo. Opinamos que a través de esta medida las necesidades de las personas con discapacidad estarán mejor cubiertas, y podrán hacerles frente cuando falten las personas que estaban a su cargo.

CAPÍTULO II
CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La LPPPD introduce en el ámbito del Derecho Privado, en concreto en la esfera del Derecho Civil, un nuevo concepto ajeno a esta disciplina, cual es el de discapacidad. A nuestro juicio la introducción de esta nueva terminología tiene una doble proyección: una positiva y otra negativa o si se quiere expresar de otra manera, puede considerarse a la vez como una aportación positiva y negativa en la rama jurídica en la que nos estamos moviendo.

Entendemos que tiene una proyección positiva porque introduce como se acaba de señalar un concepto que no era conocido en el Derecho Civil, pero que sin embargo sí se utilizaba, ya no tan sólo en otras ramas de nuestro Ordenamiento Jurídico como en el laboral o social, sino en otros ámbitos científicos, como en el médico. Además incluso antes de introducir la LPPPD dicho concepto, ya era utilizado por la doctrina científica aunque obviamente no con el significado que le otorga dicha Ley. Su introducción es positiva, ya que por no emplear dicho término el Derecho Civil se encontraba obsoleto. Por tanto, por lo que respecta a la terminología la introducción de este concepto ha hecho que el Derecho Civil se sitúe en el mismo plano que el resto de ramas jurídicas que usaban el concepto de “discapacidad”.

Sin embargo también tiene una proyección negativa. Esto se debe a que en el plano jurídico se habla de incapaces, incapacitados judicialmente, minusválidos, discapaces, y últimamente, dependientes debido a la promulgación de la Ley 3/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia¹⁰⁷. A todo ello hay que añadir que en ocasiones esas condiciones pueden coincidir en una misma persona, y así encontrarnos personas incapaces o discapacitados pero que no están incapacitados judicialmente y que son dependientes, personas incapacitadas judicialmente parcialmente, pero que son capaces en la esfera en la que no incide la sentencia de incapacitación, etc.

¹⁰⁷ Publicada en el BOE número 299, de 15 de diciembre de 2006.

Uno de los problemas frecuentes que nos vamos a encontrar a la hora de emplear el concepto de discapacidad, y tal como bien señala algún autor¹⁰⁸, es que en ocasiones el uso de dicho término se hace “a los efectos de las leyes” que recogen dichos conceptos. Todo ello implica una confusión terminológica y una inseguridad jurídica importante, si tenemos en cuenta que el que estemos hablando de un concepto u otro, *verbi gratia* de discapacitados o de incapacitados judicialmente, conlleva en la práctica consecuencias jurídicas distintas. Por tanto, debemos de hacernos varias cuestiones: la primera de ellas, es la de si el concepto de persona con discapacidad que se usa en el Derecho Civil, es el mismo que usa el Derecho Laboral, o el utilizado por la Organización Mundial de la Salud. En segundo lugar, hemos de determinar si las personas con discapacidad son personas incapacitadas judicialmente, y por último si el concepto de dependencia introducido por la denominada Ley de Dependencia, es el mismo que el de discapacidad y el de incapacidad. Para ello hay que analizar los conceptos mencionados anteriormente a la luz de las disposiciones normativas que los recogen. Pero antes de ello, creo que es necesario analizar previamente los distintos modelos explicativos de la discapacidad, y señalar algunos aspectos relevantes de los textos elaborados por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), y que sirven de base a la hora de promulgar leyes en materia de discapacidad.

II. MODELOS EXPLICATIVOS DE LA DISCAPACIDAD

Como se ha señalado anteriormente para nombrar una misma realidad, lingüísticamente se utilizan diversos conceptos: discapaces, discapacitados, incapaces, personas minusválidas, incapacitados, etc. Sin embargo, en el fondo no significan lo mismo. Esto implica una confusión terminológica importante, ya no sólo para la sociedad sino también en el ámbito jurídico. Es necesario deslindar estos términos porque el que estemos hablando de personas con discapacidad o personas incapacitadas va a comportar consecuencias jurídicas diferentes. Además, hay que señalar que la distinta terminología que se aplica a este sector ha sufrido una evolución significativa a lo largo de los años,

¹⁰⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, pág.38. Señala en concreto el caso de la Ley 41/2003 y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, publicada en el BOE número 289, de 3 de diciembre de 2003.

debido en gran medida al cambio de paradigma aplicable al mundo de la discapacidad. Es necesario observar la evolución sufrida en esta esfera, para analizar como nuestro Derecho ha adaptado dichos conceptos. En este sentido ya adelanto que se ha pasado de considerar a la persona con discapacidad como una lacra de la sociedad, como personas inferiores, a ver la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos.

Tres son los modelos básicos que han explicado el tratamiento de la discapacidad y que han ido surgiendo uno a uno como reacción entre ellos. Estos modelos son el modelo de prescindencia, el modelo médico y el modelo social¹⁰⁹.

1. Modelo de prescindencia

Este modelo es el primero en aparecer en el tiempo, ya que se remonta al mundo clásico, tanto en Roma como en Grecia. Posteriormente se mantendrá en la Edad Media, aunque con características distintas. Básicamente este modelo respondía a razones religiosas, y por tanto la discapacidad se veía como un castigo de los dioses por diversas circunstancias. Se adoptaban dos posiciones respecto a las personas que nacían con discapacidad: o bien se les aplicaba la eugenesia o bien se optaba por marginarlos de la sociedad. Tal y como señalan DE LORENZO y PALACIOS¹¹⁰, se les veía como una carga para las familias y la sociedad, y no aportaban nada a la misma. Dentro de este modelo se distinguen dos subtipos: el subtipo o el submodelo eugenésico y el de marginación.

El primero de ellos surge propiamente en Grecia y Roma, y se consideraba que el nacimiento de una persona con discapacidad se debía como se ha dicho anteriormente a un castigo divino. Ello implicaba que esa persona era una carga y en consecuencia no “merecía vivir”, por lo que se llevaban a cabo prácticas eugenésicas sobre ellas. Un abominable ejemplo de estas conductas, eran las que se llevaban a cabo por ejemplo en

¹⁰⁹ Para ver un análisis más amplio del tema ver: DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional”, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, vol.I, Aspectos jurídicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 3 a 123. DE ASÍS, R., BARIFFI, F., y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 83 a 113. JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 177 a 205.

¹¹⁰ DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., *Discapacidad, Derechos Fundamentales...*, *op.cit.*, pág. 13.

Esparta, ya que las leyes de Licurgo permitían despeñar a los niños que nacían con malformaciones o deformaciones por el Monte Teigeto provocando así su muerte. A este respecto habría que hacer una precisión, y es que no es necesario remontarnos tantos siglos atrás, ya que una manifestación clara de este modelo es la política que se llevaba a cabo por el régimen nazi en la Segunda Guerra Mundial sobre las personas con discapacidad prisioneras, los cuales o bien eran utilizados como mano de obra y posteriormente se les abandonaba a su suerte, o bien eran asesinados de manera brutal.

El submodelo de marginación es básicamente el que se manifestaba en la época medieval. Para este modelo la discapacidad también es consecuencia de factores religiosos, y como señalan DE LORENZO Y PALACIOS¹¹¹, la deficiencia era una situación permanente o inmodificable, por lo que debía aceptarse con resignación. Además quien debía observar si una conducta extraña era un “proceso natural o uno diabólico era el médico y el sacerdote”. La consecuencia básica de poseer una discapacidad era que la persona quedaba excluida de la sociedad. No se les aplicaba prácticas eugenésicas, pero por decirlo de algún modo se les marginaba de la sociedad abandonándolas, lo que en ocasiones podía provocar la muerte en el caso de menores que no tenía medios para subsistir.

2. Modelo médico

También denominado rehabilitador, este modelo surgió después de la Primera Guerra Mundial, como consecuencia del número de heridos que hubo en la misma. Este modelo entiende que la discapacidad es un “problema” individual de la persona, derivado de unas disfunciones físicas, sensoriales o psíquicas, es decir que se basa en causas médicas o científicas. JIMÉNEZ JARA¹¹² señala que este modelo “enfoca la discapacidad como un problema personal, causado directamente por una enfermedad, un traumatismo o cualquier otra alteración de la salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora en forma de un tratamiento individualizado, prestado por profesionales”.

¹¹¹ DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., *Discapacidad, Derechos Fundamentales...*, *op.cit.*, pág. 14.

¹¹² JIMÉNEZ LARA, A., *Conceptos y tipologías de la discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 178.

Después de la guerra, empezaron a adoptarse políticas destinadas a los heridos de la misma, a las que se les proporcionaba distintos beneficios de los servicios sociales, como educación, empleo, o ayudas pero no del mismo modo que se adoptan actualmente.

La consecuencia inmediata que se deriva de este modelo es que a las personas que padecen algún tipo de discapacidad se les aplica una política de adaptación, a través de programas de rehabilitación. Es decir, que se hace hincapié en intentar hacer desaparecer la discapacidad que padecen a través de programas sanitarios y médicos, facilitando su adaptación en la sociedad¹¹³.

3. Modelo social

El modelo social surge como rechazo al modelo médico, y la premisa básica es que la discapacidad no es un problema o no se corresponde con causas de origen científico o médico, sino que la sociedad es la que causa la discapacidad. Es aquella la que la origina por no poder atender las necesidades de este colectivo. JIMÉNEZ JARA¹¹⁴ señala que “el modelo social no niega que en la discapacidad hay un substrato médico-biológico, sino que afirma que lo realmente importante es el papel que, en la expresión de dicho substrato, juegan las características del entorno, y de modo muy especial, las del entorno creado por el hombre”. La solución ya no es como en el modelo anterior, intentar eliminar o paliar la causa que origina la discapacidad, es decir, adaptar a la persona con discapacidad en la sociedad eliminando el desencadenante que la ha originado, sino incluir en la sociedad a esa persona a través de políticas que permitan su integración en la misma¹¹⁵.

El modelo médico y el modelo social no tienen porqué ser excluyentes entre ellos, sino que deberían ser compatibles para poder dar una mayor cobertura al ámbito de la

¹¹³ Por ejemplo, si una persona, tiene un problema en las piernas y no puede subir escaleras, este modelo lo que haría es a través de programas de rehabilitación médicas, intentar facilitar la movilidad de las piernas para que no le sea tan dificultoso a la persona subir escaleras.

¹¹⁴ JIMÉNEZ LARA, A., *Conceptos y tipologías de la discapacidad...*, op.cit., pág. 178.

¹¹⁵ Si seguimos con el ejemplo que se apuntado anteriormente, este modelo en lugar de intentar favorecer la movilidad de la persona a través de la rehabilitación, lo que haría sería aplicar programas de accesibilidad, por tanto, se construiría por ejemplo una rampa, para que no tuviera que subir las escaleras.

discapacidad, es decir, actuar sobre la persona a través de programas de rehabilitación o de salud para intentar eliminar y minimizar la deficiencia que padezca, y actuar sobre la sociedad a través de la supresión de barreras tanto físicas como ideológicas para permitir su integración sin ningún tipo de obstáculo. En conclusión, las políticas y normativas dictadas para beneficiar a las personas con discapacidad tendrían que tener componentes de ambos modelos.

Dentro del modelo social, se ha empezado a ver la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. Prueba de ello ha sido la Convención de las Naciones Unidas de las personas con discapacidad de 2006 que ya en su artículo 1 señala que: “*El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”¹¹⁶. Pero para dar cumplimiento a dicho propósito será necesario la promulgación de leyes o políticas que permitan esa integración, mediante la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, políticas que España ya ha realizado y que se plasma en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹⁷.

¹¹⁶ Es de obligada referencia el art. 12 de la Convención atinente a la capacidad de las personas:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

¹¹⁷ BOE de 3 de diciembre de 2003, número 289.

III. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL PLANO CIENTÍFICO

El modelo médico y el modelo social han tenido reflejo en el plano científico, y han influido notablemente en la elaboración por parte de la OMS de dos importantes instrumentos que de una manera u otra han definido y categorizado el concepto de discapacidad. Estos dos instrumentos son: la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (en adelante CIDDM), y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (en adelante CIF).

1. La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías

El primer documento importante que define y sistematiza el concepto y las causas de la discapacidad, así como el de deficiencias y minusvalías es, aunque ya existían instrumentos anteriores que iban abriendo el camino¹¹⁸, la *“International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps. A manual of classification relating to the consequences of disease”*. En España en 1983 el Instituto Nacional de Servicios Sociales publica la versión en castellano con el nombre de “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” que la OMS aprueba como versión oficial en castellano. En este documento, lo que se realizó básicamente fue definir tres dimensiones, niveles o facetas de las consecuencias de las enfermedades: discapacidad, deficiencia y minusvalía.

El texto define la deficiencia como “dentro de la experiencia de la salud una deficiencia es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”. En un segundo plano, discapacidad se refiere a la “restricción o ausencia (debido a la deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”. Y en tercer lugar, se habla de minusvalía para designar “una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide

¹¹⁸ La Clasificación Internacional de Enfermedades.

el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales)”.

El esquema de la CIDDM se basaba en un proceso concatenado en el que se manifestaban por decirlo de alguna manera cuatro pasos¹¹⁹. El primero de ellos, es el referente a la presencia de una circunstancia anormal en un individuo ya sea en el momento del nacimiento o en el momento posterior. Una serie de causas, o “etiología”, hace que se produzcan unos cambios en la estructura o funcionamiento del cuerpo, que es la “patología”. Ésta puede manifestarse de un modo u otro, a través de lo que serían los síntomas o signos de la enfermedad. Por tanto, es una situación extrínseca. Si se muestra al exterior la patología, la persona que la sufre se da cuenta de que le ocurre algo, es decir, que está enfermo. Como señala la CIDDM de que existe una “deficiencia”, que es la anormalidad en la estructura y en la apariencia corporal y en el funcionamiento de un órgano o sistema. Como consecuencia de ello, las actividades que realizaba normalmente esa persona, pueden verse alteradas de algún modo y no poder realizarlas, por lo que estaríamos en el plano de la discapacidad, que como determina la CIDDM, serían consecuencias de las deficiencias desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo. En último lugar, esa persona por diversos motivos, puede situarse o encontrarse en una situación de desventaja respecto de los demás, entrando en juego el componente social. Según la CIDDM¹²⁰, “este plano refleja la respuesta de la sociedad a la experiencia del individuo ya sea que se exprese mediante actitudes, como generando un estigma, o a través del comportamiento, pudiendo plasmarse en instrumentos específicos, como sería la legislación”.

No obstante, hay ocasiones en que este esquema no se aplica tal y como se acaba de explicar, es decir, que la etiología no derivaría en una deficiencia, ésta en una discapacidad, y ésta en una minusvalía. Por ejemplo, una persona con rasgos desfigurados en la cara según la CIDDM presenta una deficiencia, pero no implica una discapacidad. Sin embargo sí que podría comportar una minusvalía, si tuviera problemas por ejemplo para encontrar un empleo, o no poder relacionarse con los demás.

¹¹⁹ *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad*. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1994, págs. 53 y ss.

¹²⁰ *Clasificación Internacional...*, *op.cit.*, pág. 54.

Para hacer un breve repaso de cómo estaban articulados estos tres elementos en la CIDDM y entender mejor en qué ámbitos actúan estos componentes, señalar que la deficiencia estaba agrupada en deficiencias intelectuales, psicológicas, del lenguaje, de los órganos de la audición, del órgano de la visión, viscerales, músculo-esqueléticas, desfigurados, y generalizadas, sensitivas y otras.

Las discapacidades hacían referencia a la conducta, la comunicación, el cuidado personal, la locomoción, la disposición del cuerpo, la destreza, de situación, de una determinada aptitud, y otras restricciones de la actividad. En último lugar, las minusvalías se basaban en la orientación, en la independencia física, la movilidad, ocupacional, de integración social, autosuficiencia económica, y otras minusvalías.

Sin embargo, se puso de manifiesto que esta distinción no proporcionaba la información necesaria entre los tres conceptos, y por tanto se interpretaba incorrectamente. Además tampoco tenía en consideración los factores ambientales y el entorno social como se demandaba, ni satisfacía a los colectivos de las personas con discapacidad por no utilizar un lenguaje neutro.

2. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)

En 2001 se aprueba la revisión de la CIDDM, con el nombre de “*International Classification of Functioning, Disability and Health*”. Una de las causas que motivaron la revisión de la CIDDM, fueron las reivindicaciones de los colectivos de personas con discapacidad que luchaban por una nomenclatura neutral. Así la terminología que se empleó con la revisión estaba marcada por un carácter positivo y no negativo como ocurría en la clasificación anterior. La CIF¹²¹ en su versión española señala que: “el objetivo principal de esta clasificación es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud”.

¹²¹ *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, Organización Mundial de la Salud, IMSERSO, 2001, pág.3.*

Otras de las causas que se argumentaron para la revisión de la CIDDM¹²² fue “la naturaleza unidimensional, el predominio de la perspectiva negativa centrada en las deficiencias, el punto de vista de la discapacidad como hecho individual y el escaso enfoque de los aspectos sociales y contextuales”.

La CIF es mucho más compleja que su predecesora, pero a su vez proporciona mayor información. Lo relevante de esta clasificación además del cambio de nomenclatura es la interacción entre factores biológicos y sociales para determinar la discapacidad de una persona. Ya no se centra principalmente en la deficiencia, la discapacidad o la minusvalía de una persona como un factor producido por una enfermedad o un accidente, sino que a través de una serie de elementos y factores, analiza la interacción de esa persona en el contexto o entorno en el que vive. En esta nueva versión se elimina el término de “minusvalía”, pero se sigue utilizando el término de “discapacidad” y “deficiencia”, éste último para señalar “los problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida¹²³”.

Si se analiza la CIF se ve que ahora no se presentan las tres facetas de las consecuencias de la enfermedad, sino que se habla de dos bloques: el primero engloba el “Funcionamiento” y la “Discapacidad”, y el segundo los “Factores Contextuales” que a su vez, se subdividen en “Factores ambientales” y “Factores personales”.

El término “Funcionamiento” comprende:

- a) Las funciones orgánicas y las estructuras corporales de la persona.
- b) La capacidad de desarrollar una actividad.
- c) La posibilidad de participación en la sociedad.

Las funciones se organizan en la CIF en: las funciones mentales, las sensoriales y del dolor, las funciones de la voz y el habla. Las funciones de los sistemas cardiovascular, hematológico, inmunológico y respiratorio. Las funciones del sistema digestivo, metabólico y endocrino, las funciones genitourinarias y reproductoras. Las

¹²² JIMÉNEZ BUÑUALES, M.T., GONZÁLEZ DIEGO, P., MARTÍN MORENO, J.M., “La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) 2001”, *RESP*, n.º.4-Julio-Agosto, 2002, pág.273.

¹²³ *Clasificación internacional del funcionamiento...op.cit.*, pág.11.

neuromusculoesqueléticas y relacionadas con el movimiento, y por último las funciones de la piel y las estructuras relacionadas.

Con relación a las estructuras corporales, éstas se dividen en estructuras del sistema nervioso, las del ojo, oído y estructuras relacionadas; las involucradas en la voz y el habla. Las de los sistemas cardiovascular, inmunológico y respiratorio, las relacionadas con los sistemas digestivo, metabólico y endocrino. Las estructuras relacionadas con el sistema genitourinario y el sistema reproductor, las relacionadas con el movimiento, y por último las de la piel y estructuras relacionadas.

Las actividades se clasifican en: aprendizaje y aplicación del conocimiento, tareas y demandas generales, comunicación, movilidad, autocuidado, vida doméstica, interacciones y demandas interpersonales, áreas principales de la vida, y vida comunitaria, social y cívica¹²⁴.

Por tanto, las limitaciones en estas áreas son las restricciones o dificultades que tiene una persona en la realización de las mismas. El concepto de “participación”, según la CIF es la implicación de una persona en una situación vital, y representa la perspectiva de la sociedad respecto al funcionamiento, por lo que las restricciones en la participación son los problemas que puede tener una persona para implicarse en situaciones vitales¹²⁵.

El concepto de “Discapacidad” engloba:

- a) las deficiencias que pueden existir en las funciones y estructuras corporales.
- b) Las limitaciones que se presentan en la capacidad de llevar a cabo una actividad.
- c) Las restricciones en la participación social de la persona.

Los “Factores Ambientales” hacen referencia a los elementos externos, ya sean físicos, sociales o actitudinales que inciden en la persona. En la CIF se recogen en capítulos: los productos y tecnología, el apoyo y relaciones, las actitudes, los servicios, sistemas y políticas, y por último el entorno natural y cambios en el entorno derivados de la actividad humana. Los “Factores Personales” se basan en los atributos y características

¹²⁴ *Clasificación internacional del funcionamiento...*, *op.cit.*, págs. 41 a 44.

¹²⁵ *Clasificación internacional del funcionamiento...*, *op.cit.*, pág. 232.

de una persona, pero no se clasificaron en la CIF debido a la gran diversidad que entraban en juego.

Como se ha observado el término discapacidad engloba lo que en la CIDDM era las deficiencias, la discapacidad, y la minusvalía. Además se habla también de “Estado de salud” para evitar utilizar el concepto de “enfermedad”. Estamos de acuerdo, en que hay que utilizar una terminología neutra para designar a las personas con discapacidad, sin embargo consideramos que en ese afán de neutralidad de la CIF se llega a extremos un tanto excesivos. Nos referimos al caso acabado de señalar de sustituir el término enfermedad, por estado de la salud. Si una persona tiene gripe, hepatitis o cualquier otro tipo de enfermedad, esa persona está “enferma”, tiene un problema de salud por mucho que se quiera utilizar una terminología neutra para designarla. No creo que la solución tenga que proceder desde un cambio de nomenclatura, aunque sí es cierto que puede ayudar, sino que ha de derivarse del cambio de mentalidad de la sociedad de considerar a todos los individuos iguales con independencia de poseer o no una discapacidad.

IV. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL PLANO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional ha servido como marco para la elaboración de las bases de las políticas antidiscriminatorias por parte de los Estados, con el fin de proteger a las personas con discapacidad de la discriminación que puedan sufrir. Sin embargo, en los primeros textos normativos que fueron apareciendo, la terminología utilizada no era muy acertada en consonancia con la realidad social, como por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, o la Declaración de los Derechos de los Impedidos, en 1971 y 1975 respectivamente¹²⁶. Sin embargo a partir de 1981 es cuando se produce el cambio terminológico, al decidir la Asamblea General en 1976 que aquel año sería el “Año Internacional de las Personas con Discapacidad”, seguido por el “Plan de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad” en 1982. En 1991 la Asamblea General elabora los “Principios para la protección de los Enfermos Mentales y para el

¹²⁶ La primera proclamada por la resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, y la segunda por resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

Mejoramiento de la Salud Mental”. En 1993 se adoptan las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”. Sin embargo, el texto que más repercusión ha tenido en el marco de las Naciones Unidas, es la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General el día 13 de diciembre de 2006, en su 76ª sesión plenaria, por Resolución A/Res/61/106, en su artículo primero, segundo párrafo señala que *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Este documento normativo, además de recoger un catálogo de derechos de las personas con discapacidad, obliga a los Estados a eliminar las barreras que puedan obstaculizar el disfrute igualitario de los derechos de las personas con discapacidad para poder realizar una participación efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones.

En el marco de la Unión Europea, la lucha contra la discriminación es tardía, ya que empieza a plantearse o a recogerse a partir de 1997 con el Tratado de Amsterdam, en concreto con su artículo 13 que habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación. Además el Tratado incorpora el Protocolo Social y una Declaración sobre la Discapacidad.

Otros textos que pueden citarse y que hacen mención a las personas con discapacidad son, el artículo 15 de la Carta Social Europea de 1961, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, que en su artículo 26 trata de la integración profesional y laboral de las personas “minusválidas”. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 utilizará el término discapacidad, en lugar de minusvalía, en los artículos 21 y 26. En el Derecho Derivado, podemos citar la Directiva 2000/78 CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, desarrollada para dar cumplimiento al artículo 13 del Tratado. En España esta directiva ha sido introducida a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas

fiscales, administrativas y del orden social¹²⁷. A todo ello hay que añadir los distintos programas realizados en el seno del Consejo para luchar contra la discriminación entre otros ámbitos en la discapacidad, como la Decisión del Consejo 2000/750 CE por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006).

Por último, señalar que el Año 2003 fue declarado Año Europeo de la Discapacidad, lo que ha provocado que el tema de la discapacidad en la Unión Europea haya sido una de las primeras prioridades de los Estados Miembros.

V. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La terminología utilizada para designar a las personas con discapacidad ha ido variando a través de las diversas reformas legislativas producidas, influenciadas en parte por los modelos de conceptualización de la discapacidad. En la actualidad, términos como minusválido o disminuido son conceptos “políticamente incorrectos”, y que decir, si nos remontamos décadas atrás en las que los términos usados para designarlos eran considerablemente peyorativos. Si examinamos además las disposiciones normativas que guardan relación directa con las personas con discapacidad, observamos cómo se desprendía la condición de “segunda categoría” que se les adjudicaba. Así por ejemplo, se puede citar el Decreto 2421/1968 de 30 de septiembre, que regulaba la Asistencia de la Seguridad Social a los menores subnormales. La Orden de 24 de noviembre de 1971 regulaba el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, el Real Decreto 2176/1978, de 25 de agosto que recoge las Acciones del Plan Nacional de Prevención de la Subnormalidad, el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio de Reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, o incluso el Código civil, cuando hablaba de los locos y dementes.

La normativa relativa a las personas con discapacidad, ha procedido básicamente del Derecho Público, el Derecho Privado por su parte se había quedado relegado en un

¹²⁷ BOE de 31 de diciembre de 2003, núm. 313.

segundo plano. Hay que esperar hasta el 2003 con la LPPPD, para que el Derecho Civil empiece a tratar la discapacidad desde un ámbito que no fuera el de la incapacitación, ya no sólo con la creación de la figura del patrimonio protegido, sino con las diversas reformas sucesorias, o la regulación del contrato de alimentos entre otros aspectos¹²⁸.

En este sentido, es necesario hacer un repaso a la normativa estatal en materia de discapacidad, para observar cómo ha evolucionado el concepto de discapacidad y determinar si el término utilizado en la LPPPD, es el mismo que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico.

1. Ámbito Social y laboral

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos¹²⁹ (LISMI) señala en su artículo 7.1 que: *“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”*. Si observamos el paralelismo de este precepto con la definición de minusvalía señalado en la CIDDM, vemos como existe identidad entre ambas, ya que el punto de referencia es la dificultad en la integración social de la persona. La LISMI ha seguido el modelo médico de conceptualización de la discapacidad, y es importante, porque es la primera que desarrolla el mandato constitucional del artículo 49 referente a la elaboración por parte de los poderes públicos de una política de previsión, tratamiento y rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos. Esta ley recoge diversos aspectos de la integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, o educativo, y señala una serie de prestaciones sociales y económicas. El Título VI de la Ley recoge los artículos 18 a 36 relativos a la rehabilitación de las personas “minusválidas”, claro reflejo del modelo médico que imperaba en el momento de promulgación de la Ley.

¹²⁸ Antes de la promulgación de la LPPPD, el Cc hablaba únicamente de personas incapacitadas, por ejemplo los arts. 1057 y 1060 para la partición de la herencia, o el art. 665 para la posibilidad de que una persona incapacitada pueda realizar testamento.

¹²⁹ BOE de 30 de abril de 1982, número 103.

En 1999, se promulga el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹³⁰, y como señala la introducción del Anexo 1 del Real Decreto, los “baremos establecen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la O.M.S”. Debido a su importancia, nos detendremos un poco más detenidamente en un apartado posterior.

En el orden laboral se habla de incapacidad e invalidez en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio¹³¹. En el artículo 136 se señala en su apartado primero, que “*en la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo*”. En su cuarto párrafo se señala que “también tendrá la consideración de incapacidad permanente, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el apartado a) del número 1 del artículo 128, salvo en el supuesto previsto en el segundo párrafo del número 2 del artículo 131 bis, en el cual no se accederá a la situación de incapacidad permanente hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación”. El apartado 2 por su parte establece que “*en la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen*”.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), en su artículo 1.2 apunta que “*A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de*

¹³⁰ BOE de 26 de enero de 2000, número 22.

¹³¹ BOE de 29 de junio de 1994, número 154.

*personas con discapacidad aquellas a quienes se le haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o la inutilidad*¹³².

Lo importante de esta ley, tal y como señala la doctrina, es que esta norma no recoge únicamente un cuadro de prestaciones destinadas a la integración de las personas con discapacidad, que es lo que realizó la LISMI, sino que la LIONDAU pretende que se puedan realizar de forma efectiva los derechos de las personas. O lo que es lo mismo garantizar la necesaria igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad¹³³.

A nuestro parecer, la terminología empleada por el Ordenamiento Jurídico no se adecua a las directrices señaladas en el ámbito internacional, sobre todo de la OMS que debería ser el referente a tener en cuenta para usar los términos correctamente. Hay que esperar hasta el año 2006, para que desaparezca el término “minusválido” de nuestro Ordenamiento Jurídico, cuando la CIF data del año 2001, y sin embargo se sigue utilizando el Real Decreto de 1999 para determinar el grado de minusvalía, basado en la antigua CIDDM. El Real Decreto consideramos que está obsoleto en el sentido de que no se adecúa a las directrices básicas de la CIF, al menos en lo que atañe al cambio de mentalidad y al cambio en la nomenclatura. Como es el instrumento por el cual se determina el grado de “minusvalía”, las disposiciones normativas que hacen referencia a la discapacidad se basan en el grado derivado de la aplicación del mismo, y por tanto se basan en un texto en parte “anticuado”.

¹³² Así lo señala también el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, que determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Publicada en el BOE de 16 de diciembre de 2006, número 300.

¹³³ MARTÍNEZ RIVERO, A., “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público”, *Tratado sobre Discapacidad*, Civitas, Navarra, 2007, pág.559.

De ello se infiere que aunque haya desaparecido la referencia a “personas minusválidas” y “minusválidos”, seguimos hablando aún de “grado de minusvalía”¹³⁴, cuando ya ha desaparecido totalmente en el ámbito internacional, tanto en el plano médico como en el jurídico.

En conclusión, la normativa española en materia de discapacidad se cimenta sobre una clasificación obsoleta, a pesar de que el Real Decreto tal y como señala el artículo 4 tiene en cuenta para la valoración diversos valores sociales como la educación, el entorno laboral, etc.

Es de destacar, la Disposición Adicional Octava de la Ley de Dependencia que señala: *“Las referencias que en los textos normativos se efectúan a minusválidos y a personas con minusvalía se entenderán realizadas a personas con discapacidad. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos persona con discapacidad o personas con discapacidad para denominarlas”*¹³⁵.

Por tanto, sería necesario que desapareciera de nuestro Ordenamiento Jurídico el concepto de “grado de minusvalía”, ya que es un término anticuado, obsoleto y que no respeta el espíritu del sentir de las Organizaciones Internacionales, nacionales como los colectivos o asociaciones que han intentado establecer un marco común en la terminología de la discapacidad, como es el caso de la OMS o de las Naciones Unidas. Así a nuestro parecer, la CIF es un buen referente para intentar aunar una terminología unitaria, aunque no sea para todos los Estados, sí al menos para todas las ramas jurídicas de un mismo Ordenamiento Jurídico, como en este caso sería el nuestro, donde la

¹³⁴ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 42, critica que no se haya introducido un concepto de discapacidad en el Código Civil, a pesar de de ser “un concepto con trascendencia en el ámbito de las figuras relacionadas en el Código”. Además señala a continuación que ese concepto de discapacidad debería girar en torno a las “Actividades de la Vida Diaria”, y por tanto “se encuentra en situación de discapacidad el que no pueda llevar a cabo de forma autónoma las actividades de la vida diaria, necesitando, en consecuencia, de ayudas para hacerlo”.

¹³⁵ La Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, ya iba aventajada respecto de las demás en ese sentido. En su artículo 2.1 definía a la persona con discapacidad como: “aquella que, por causa de una deficiencia en su interacción con el entorno, sufre cualquier restricción o impedimento en la capacidad de realizar una actividad que se considera normal para el ser humano, generando una situación de desventaja para la persona en cuanto limita e impide el cumplimiento de una o varias funciones dentro de la sociedad a la que pertenece, teniendo reconocida la condición de minusválido en un grado igual o superior al 33 por 100 por el órgano competente en materia de valoración de minusvalía”.

presencia de diversos conceptos para designar una misma realidad hace muy difícil asegurar una protección más rigurosa y más amplia para las personas con discapacidad.

2. El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía

Este Real Decreto requiere una mención aparte debido a la importancia que supuso en su momento. Esta norma, es la base de la discapacidad en nuestro país, ya que es la encargada de determinar el grado de minusvalía física, psíquica o sensorial de las personas que se someten a valoración. Este Real Decreto, tiene unos aspectos dignos de destacar como ha puesto de relieve SALAZAR MURILLO¹³⁶. El primero de ellos es que se sustituyó la expresión “condición de minusválido” por el de “grado de minusvalía”. El segundo, que estableció unos nuevos baremos para determinarlo; en tercer lugar se determinaron los órganos que se encargarían de la valoración, así como el procedimiento para la misma y su revisión posterior. Y por último, se señaló que sería la vía jurisdiccional social la que debería conocer de las reclamaciones que se interpusieran contra las mismas.

Los equipos que se encargan de declarar el grado de minusvalía, son equipos multidisciplinares adscritos a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, y formados normalmente por un médico, un psicólogo y un trabajador social, aunque pueden existir otros profesionales expertos en áreas distintas. Estos equipos han de aplicar los baremos que se recogen en los anexos del RD 1971/1999, en concreto tres, que como ya se ha señalado anteriormente están basados en la CIDDM. El primer anexo, incluye las premisas para determinar la discapacidad provocada por deficiencias permanentes. El segundo incluye el baremo para valorar y determinar la necesidad de ayuda de otra persona para las actividades de la vida diaria, y el tercero, el baremo para determinar la existencia de dificultades para usar transportes colectivos.

¹³⁶ SALAZAR MURILLO, J., “Reconocimiento legal de la discapacidad”, *Los Derechos de las personas con discapacidad, vol.I, Aspectos jurídicos*, director LAORDEN, J. coord., TERREROS, J.L., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 754.

Para determinar el grado de minusvalía, se debe aplicar en un primer momento los baremos contenidos en el anexo I, apartado A), y se han de valorar además los factores sociales recogidos en el apartado B) del mismo anexo. Como señala el apartado 3, del artículo 5 del Real Decreto, para determinar el grado de minusvalía, el porcentaje que se obtiene en la valoración de la discapacidad se ha de modificar con la adición de la puntuación que se obtiene en el baremo de factores sociales, sin que éste sobrepase los 15 puntos. Señala además, que el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se puede aplicar el baremo de factores sociales no puede ser inferior al 25 por 100.

Una vez que finaliza el proceso de evaluación por parte de los profesionales del equipo de valoración, se emite el certificado administrativo correspondiente donde se recoge el grado de minusvalía, que puede recurrirse a través del correspondiente recurso por la jurisdicción social.

VI. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹³⁷, introduce el término de “persona dependiente” en el Ordenamiento Jurídico español a través del artículo 2. Esta Ley surge como consecuencia del cambio de mentalidad producido en los países occidentales, en el que se observa que es necesario que el Estado y la sociedad atiendan a las necesidades de las personas que necesitan ayuda, que no pueden ser autónomas, y no circunscribir la cuestión únicamente al seno de la familia. El segundo de los factores que propician el surgimiento de esta norma es la influencia del modelo social explicativo del fenómeno de la discapacidad.

Una de las cuestiones reseñables de esta Ley, es que su artículo primero habla de un derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que se hará efectivo mediante el Servicio para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Para ello se establecen una serie servicios y prestaciones en los artículos 15 y siguientes, tales como los servicios de

¹³⁷ BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299.

prevención de las situaciones de dependencia, el servicio de ayuda a domicilio, cuidados personales, centros de día como de noche, residencias de personas mayores dependientes, prestaciones de asistencia personal, etc.

Sin embargo, a efectos de este estudio lo que realmente interesa es el concepto de “Dependencia” recogido en el art. 2.2. Para la Ley *“es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta de pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”*.

Una persona será dependiente cuando esté afectada por una deficiencia ya sea física, psíquica o sensorial que le impide realizar las actividades de la vida diaria. También hay que decir que como la discapacidad es gradual no todas las personas que presenten una discapacidad, van a ser dependientes. Las personas que tienen una deficiencia visual o del habla por ejemplo, normalmente no se considerarán personas dependientes, sin embargo, personas con una enfermedad degenerativa grave o personas tetraplégicas sí lo serán, por necesitar de una persona que le ayude a realizar las actividades diarias. Se señala que las personas con dependencia son personas con discapacidad, pero no todas las personas con discapacidad son personas dependientes¹³⁸.

En el caso del Derecho Civil sí podemos decir que las personas discapacitadas son personas dependientes y por tanto van a necesitar la ayuda de terceras personas para realizar las actividades de la vida diaria sobre todo si las actividades que realizan tienen repercusiones jurídicas. Por tanto restringiéndonos al ámbito civil, la dependencia puede considerarse una consecuencia de la discapacidad, lo que nos conduciría a la incapacitación de la persona si no puede gobernarse por sí misma, tal y como señala el artículo 200 del Cc. Los grados en los que se mueve la LPPPD, denotan la necesidad de la asistencia de una persona para poder desenvolverse o realizar las actividades cotidianas.

¹³⁸ PÉREZ BUENO, L. C., DE LORENZO GARCÍA, R., “La promoción de la autonomía personal y la protección en casos de dependencia por razón de discapacidad”, *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág.1046.

El problema es que volvemos al punto de partida, es decir, que el concepto de discapacidad no es uniforme y en cada ámbito se utiliza, aunque la base sea la misma, con distintos significados.

De lo visto hasta el momento, se puede colegir que aunque el concepto genérico de discapacidad es el mismo en todos los ámbitos, es decir, la situación de una persona que por determinadas enfermedades o deficiencias no se encuentra en la misma situación que el resto de las personas para integrarse en la sociedad, lo cierto es que jurídicamente en cada ámbito del Ordenamiento Jurídico, tiene un significado diferente al requerirse un grado de minusvalía diferente.

Esta situación aunque es difícil requiere que legalmente, es decir, por ley, se dé una definición concreta de discapacidad para todos los efectos jurídicos que puedan derivarse de dicha condición, ya que la remisión a distintas normas con grados distintos, puede implicar que una persona con discapacidad con un grado concreto lo sea para unas normas y para otras no. Por ejemplo, en el momento actual, para constituir un patrimonio protegido se requiere un grado del 65% de minusvalía física, por tanto para el Derecho Civil las personas con un grado inferior no se tienen en cuenta pero para otras ramas sí. Esto demuestra los “desajustes” existentes en el sistema de protección de la persona con discapacidad.

VII. CAPACIDAD, DISCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

1. Consideraciones previas relativas a la capacidad

Antes de entrar a delimitar los conceptos de discapacidad e incapacitación, son necesarios para centrar el tema unos apuntes respecto a la capacidad de las personas.

La capacidad jurídica la poseemos todos por el simple hecho del nacimiento, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 30 Cc. DIEZ PICAZO y GULLÓN

BALLESTEROS¹³⁹ la definen como “la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones”, frente a la capacidad de obrar, que es “la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos”. La capacidad de obrar, es decir, la capacidad necesaria para ejercer derechos, o contraer obligaciones por decirlo de algún modo, se presume plena para todos. Sin embargo el Cc reconoce limitaciones a determinadas personas por poseer circunstancias específicas. Estas personas son los menores de edad, y las personas incapacitadas.

¿Pero qué ocurre con las denominadas “personas incapaces”? Creo que es conveniente traer a colación dos importantes sentencias sobre el tema. La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre 2002¹⁴⁰. Esta sentencia se dicta a raíz del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 40 de Barcelona, por no haberse efectuado como correspondía el trámite de la audiencia de los parientes más cercanos en un procedimiento de incapacitación sobre el hijo. Pues bien el Tribunal Constitucional señala que “*el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)*”.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2004¹⁴¹ con ocasión de resolver un recurso que se interponía contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida que declaraba la incapacitación total sobre un hombre que manifestaba una oligofrenia con personalidad psicopática, señaló que “*al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad, trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de*

¹³⁹ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág. 214.

¹⁴⁰ Base de datos Aranzadi Westlaw. RTC 2002\174.

¹⁴¹ RJ 2004\4283.

las causas establecidas en la Ley; observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y alcance (...); adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido en la determinación del ámbito de la restricción”.

Si consideramos como personas incapaces a las personas que van a ser incapacitadas, terminológicamente no es correcto denominarlas de esta forma¹⁴². De este modo la doctrina y la jurisprudencia (aunque también los nombre así, como se ha visto en la sentencia señalada), apuntan que existe presunción de capacidad hasta que se demuestre lo contrario en el procedimiento judicial de incapacitación, por lo que mientras no recaiga dicha sentencia hay que considerarlas capaces. Si en el ámbito penal, rige la presunción de inocencia hasta que se demuestra lo contrario, es decir, hasta que se exista una sentencia penal que destruya dicha inocencia, en el ámbito civil debería aplicarse por lo tanto el mismo esquema, y deberían considerarse “presuntos capaces” hasta que recaiga la sentencia de incapacitación. Por tanto, creo que sería conveniente que se empezara a utilizar el término “presunto capaz”, sustituyendo al de “presunto incapaz”, termino más acorde aquél, con los principios rectores de la capacidad de las personas. En este sentido, consideramos que será importante la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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 finalidad¹⁴³. Su disposición final primera se dispone que: *“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación 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 Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.* Esperemos que dicha

¹⁴² SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial...*, op.cit., pág.51.

¹⁴³ BOE de 26 de marzo de 2009, núm. 73.

reforma coadyuve al empleo de una terminología más adecuada a la realidad social imperante en la actualidad.

2. Discapacidad e incapacitación judicial

La LPPPD utiliza los conceptos de persona con discapacidad y personas incapacitadas judicialmente, y a raíz de esta Ley, tal y como se ha señalado anteriormente se introduce el concepto de discapacidad en el Cc. Además la propia ley, para determinadas figuras requiere que la persona con discapacidad esté incapacitada judicialmente, mientras que en otras no. En principio se puede deducir que no son conceptos sinónimos.

En concreto se habla de persona con discapacidad en los artículos 756.7º que señala como causa de indignidad para suceder en el caso de una persona con discapacidad, las personas que tienen derecho a la herencia pero que no le prestaron las atenciones debidas, es decir, las relativas a los alimentos entre parientes. El artículo 822 relativo a la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, y por último el artículo 1041 que hace referencia a los gastos de colación.

La Disposición adicional cuarta del Cc, introducida por la LPPPD, señala que la referencia que se realiza a las personas con discapacidad en los artículos que se acaban de señalar, debe entenderse referida al concepto que define la LPPPD. Dicha norma, en su artículo 2.2 determina que *“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”. Por tanto, en el Cc van a coexistir dos conceptos que hacen referencia a una misma realidad y que en un primer momento parecen diferentes: personas con discapacidad y personas incapacitadas.¹⁴⁴

¹⁴⁴ CORDERO CUTILLAS, I., “La discapacidad e incapacitación judicial”, *AC*, nº10, 2º quincena de mayo de 2006, pág.1160 señala que: “El obstáculo que habrá que esclarecer es si realmente la persona incapacitada lo es efectivamente porque concurre en ella un grado determinado de minusvalía (el que menta la LPPPD) que le impide gobernarse por sí misma. Por el contrario, si el incapacitado no alcanza el mínimo grado de

Ya se ha visto en qué consiste la discapacidad desde el punto de vista del Derecho Civil, son las personas que tienen un concreto grado de minusvalía. Por su parte, para determinar que es la incapacitación hemos de recurrir a los artículos 199 a 201 del Cc. La incapacitación es un estado civil constituido mediante sentencia judicial. Puede definirse tal y como lo hace O'CALLAGHAN¹⁴⁵ como: “privación de la capacidad de obrar de una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas fijadas en la Ley”.

El artículo 199 es tajante al señalar que nadie puede ser incapacitado mientras que no exista una sentencia judicial que así lo declare, y siempre que concurren las causas que señala el Cc para la incapacitación. Esas causas son las que recoge el artículo 200 del mismo texto legal que dispone: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. El problema que plantea este precepto, si se puede llamar así, es su abstracción, ya que no establece un catálogo de enfermedades o deficiencias aunque sea meramente indicativo que nos indique cuando una circunstancia de este tipo pueda motivar la imposibilidad de autogobierno. Sin embargo, el legislador es jurista y no médico, por lo tanto sería un arduo trabajo para el mismo, determinar qué enfermedades o deficiencias implican que las personas que las padecen no pueden gobernarse por sí mismas, ya que las enfermedades actúan sobre cada persona de forma diferente¹⁴⁶. Por tanto, será el juez en última instancia el que deberá determinar si una persona puede gobernarse por sí misma o no, a través de los dictámenes médicos correspondientes, teniendo en cuenta que la incapacitación no tiene que ser plena o total, sino que perfectamente puede ser parcial y por tanto estar limitada a determinados actos.

minusvalía identificado en la LPPPD o, el discapacitado no logra la incapacitación, la realidad fáctica se enmarañará por el desigual amparo civil”.

¹⁴⁵ O'CALLAGHAN, X., “La declaración de incapacidad”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 47 y 48.

¹⁴⁶ LUCINI NICÁS, 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”, *AC*, nº. 14, 2ª quincena de julio, 2004, pág. 1624, dispone a este respecto que “hay que poner de relieve que la vaguedad con que se produce el art. 200 CC fue plenamente intencionada. El legislador, en efecto, quiso huir de fórmulas psiquiátrico-psicológicas que le hubieran conducido a clasificar las enfermedades que originan la pérdida de la aptitud de autogobierno, con la perturbadora consecuencia de trasplantar al Derecho positivo lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance, apuntando la doctrina que es un incuestionable acierto haber prescindido de criterios casuísticos, necesariamente variables y siempre mejorables.”

La incapacitación, aunque se vea como una medida no deseada, es necesaria para preservar los intereses de las personas que no pueden regir su persona y sus bienes, y así evitar que pueda lesionarlos. Además la incapacitación puede modularse como hemos visto, y por tanto no tiene porque ser siempre plena. La consecuencia de declarar la incapacitación plena, es que “pierde” o “restringe” la capacidad de obrar, y por tanto los actos que realizaría la persona sin estar incapacitada, va a tener que realizarlos su representante legal. En el caso de que la sentencia de incapacitación sea parcial, la misma determinará qué actos son los que la persona necesita de un complemento de capacidad, o los que puede realizar por sí misma.

Para incapacitar a una persona, es necesario que concurran dos requisitos: el primero que la enfermedad o deficiencia sea persistente, y el segundo requisito es que afecte a la capacidad de autogobierno.

Con relación al carácter persistente éste plantea problemas cuando se manifiestan enfermedades cíclicas. Pues bien, en este aspecto la jurisprudencia es prácticamente unánime y entiende que lo importante es que exista una enfermedad o deficiencia que impida el autogobierno, y no la fase temporal en la que se encuentre. La doctrina señala que “no cabe, pues incapacitar por un ataque o una situación aguda, sino por algo persistente (un alcoholismo, no una simple borrachera, una locura, no un ataque de epilepsia) y debe ser de entidad tal que el sujeto no pueda gobernarse, en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico, no poder física o mentalmente realizar actos o negocios jurídicos con mínimas garantías de que con conciencia y voluntad, realiza los actos libre y conscientemente”¹⁴⁷.

La posibilidad de autogobierno es un concepto un tanto abstracto, y hace referencia a las condiciones necesarias para que una persona pueda regir su persona y administrar sus bienes de forma corriente.

Por tanto para declarar la existencia de la discapacidad en una persona desde el punto del Derecho Civil, es necesaria la existencia de un porcentaje concreto de “minusvalía” y que ese porcentaje se acredite a través de un certificado expedido

¹⁴⁷ O'CALLAGHAN, X., *La declaración de incapacidad...*, *op.cit.*, págs. 48 y 49.

conforme lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme. Mientras que para declarar la incapacidad de una persona se requiere siempre sentencia judicial, y la existencia de una enfermedad o deficiencia que le impida gobernarse a sí misma, por tanto si la persona manifiesta alguna de estas causas pero no le impide el autogobierno, no habrá lugar a la incapacitación.

En resumen, la persona con discapacidad por decirlo de forma simple, es la persona que tiene acreditado un grado determinado de minusvalía, mientras que la persona incapacitada judicialmente, es aquella que mediante una sentencia de incapacitación le ha sido constituido el estado civil de incapacitada por no poder autogobernarse por sí misma.

Otra de las diferencias que creo que hay que señalar entre ambos conceptos, es la relativa al ámbito de la discapacidad y de la incapacitación. Normalmente, cuando se habla de personas con discapacidad, se hace referencia a personas que tienen un grado concreto de minusvalía tanto física, psíquica como sensorial. Sin embargo, parece que la incapacitación se despliega en casos de minusvalía psíquica básicamente, o incluso podríamos aceptar también la minusvalía sensorial, sin embargo, es difícil que se incapacite a una persona que posee un grado elevado de minusvalía física, ya que no afectará normalmente a su capacidad volitiva, o si lo queremos decir de otra forma, a su capacidad de querer y entender. Únicamente se suele declarar la incapacitación por deficiencia física, si se ve implicada alguna función “sensorial” o afecta a la capacidad de autogobierno. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de octubre de 2006¹⁴⁸, declara la incapacidad atenuada de una mujer que sufría una hipoacusia bilateral, o lo que es lo mismo, la pérdida del nivel de audición por debajo de lo normal. La hipoacusia había afectado a su capacidad de autogobierno, no de forma directa, sino porque no había recibido una formación especial adecuada que hubiera hecho que su capacidad fuera plena.

La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de septiembre de 2002¹⁴⁹ declara la incapacitación de un hombre que sufría hemiparesia (debilidad en las

¹⁴⁸ AC 2006\1866.

¹⁴⁹ JUR 2003\14393.

extremidades) derecha y afasia mixta derivada de una accidente cerebrovascular. La Audiencia constata que *“mantiene un lenguaje farfullante e incomprensible, lo que le impide comunicarse con el exterior, necesitando de un traductor o altavoz de sus pensamientos, de tal modo de forma muy importante se encuentra mermada su capacidad de comunicación aun cuando inicialmente no presenta deficiencia del pensamiento abstracto”*. A ello se añadía que no sabía leer ni escribir, ni mostraba un lenguaje alternativo al oral o escrito, por lo que se le equiparaba con un sordomudo sin instrucción.

Por citar un último ejemplo, me parece interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio 2004¹⁵⁰. En ella se recurre la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de marzo de 1999 donde se declaraba la incapacitación de un hombre que sufría una tetraplejía con imposibilidad del habla, aunque conservaba intactas sus facultades cognitivas como volitivas. El Tribunal Supremo considera que como su afasia le impedía comunicarse de forma libre y espontánea con el exterior, y el medio que utilizaba para comunicarse no era suficiente (se comunicaba con los ojos y un tablero de abecedario) *“para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona o bienes. Esa forma de comunicación no es espontánea, no se produce a su instancia sino de terceras personas, por lo que carece el recurrente de libertad para llevar a la práctica las decisiones que haya tomado anteriormente, tanto respecto de su persona como respecto de la administración de sus bienes”*.

A pesar de las diferencias que hemos apuntado, desde la perspectiva del Derecho Civil, consideramos que serán conceptos sinónimos en el sentido de que las personas incapacitadas judicialmente lo serán porque cumplen con los grados que determina la LPPPD, son personas con una discapacidad grave, y que tendrán problemas para regir su persona y sus bienes. Esas personas o bien están ya incapacitadas o no lo están, porque las familias no hayan instado la incapacitación. Por tanto, estamos totalmente de acuerdo con CORDERO CUTILLAS cuando señala que *“sería deseable, desde nuestro punto de vista que se unificaran ambos conceptos y que la discapacidad sea subsumida por la incapacidad judicial”*¹⁵¹.

¹⁵⁰ RJ 2004\5204.

¹⁵¹ CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad...op.cit.*, pág.1187.

3. La acreditación de la discapacidad

La acreditación de la discapacidad se realizará por el certificado correspondiente o bien por sentencia judicial. El primero de los medios de acreditación no plantea problemas, ya que para determinar el porcentaje hay que remitirse al Real Decreto 1971/1999, al que ya se ha hecho referencia anteriormente, el cual establece una serie de anexos y baremos para señalar el porcentaje de “minusvalía” que presenta una persona. Ese concreto porcentaje se deriva en términos genéricos de la suma de la valoración de la discapacidad, con una serie de factores tanto sociales como personales recogidos en los baremos del Real Decreto 1971/1999.

No faltan las críticas a este sistema de acreditar la discapacidad de una persona. Así por ejemplo SERRANO GARCÍA¹⁵² señala que: “entiendo censurable técnicamente este sistema de conceder determinados derechos subjetivos a personas cuya condición no viene determinada legalmente, sino reglamentariamente. La variación de la clasificación de la OMS, a la que me refería antes, puede hacer variar los criterios reglamentarios, sin las debidas garantías que proporcionaría una determinación legal”.

La cuestión que sí plantea mayores problemas en la doctrina es la referente a la sentencia judicial que reconoce el grado. Hay autores que entienden que la sentencia al que alude la ley es la referente a la jurisdicción social, en virtud del artículo 12 del mentado Real Decreto que señala que: “*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*”. Sin embargo, opinamos con CORDERO CUTILLAS¹⁵³, que la sentencia puede ser también de

¹⁵² SERRANO GARCÍA, I., “Reflexiones acerca de los sujetos en la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2ª ed. Madrid, 2005, págs. 239 y 240. El mismo autor, en *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, págs. 41 y 42. Señala la misma idea: “La técnica legislativa utilizada-se dice siempre a los efectos de esta ley-, y la remisión a un reglamento, me parece criticable. Sobre todo teniendo en cuenta que la remisión se efectúa en el punto fundamental de quienes ha de ser beneficiarios de las disposiciones (numerosísimas) que afectan a las personas con discapacidad. La inseguridad jurídica que ello genera es incuestionable y la preocupación grande, porque el baremo utilizado, la citada CIDDMM ha sido abandonada por la OMS y sustituido por la CIF”.

¹⁵³ CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad...op.cit.*, pág.1161.

la jurisdicción civil cuando media un procedimiento de incapacitación, la cual perfectamente una vez se haya determinado el porcentaje de “minusvalía” mediante la correspondiente valoración administrativa puede señalarse junto a los límites y la extensión de la incapacitación, el grado que recoge el certificado. Imaginemos que en un proceso de incapacitación, se aporta como prueba el documento acreditativo del grado de discapacidad, no creo que exista inconveniente para que en la sentencia civil se recoja ese grado de discapacidad. Consideramos además que éste puede ser uno de los elementos, para sostener la necesidad de coordinar la Administración con los procedimientos de incapacitación como posteriormente se analizará.

Como señala la autora¹⁵⁴ “el legislador ha pretendido que los grados de minusvalía especificados en la LPPPD puedan servir de base para la posterior incapacitación si se ha utilizado la vía del expediente administrativo para su acreditación, sin perjuicio de que la discapacidad pueda discurrir en el procedimiento mismo de incapacitación”. Opina también y esto es importante resaltar, que: “No me cabe duda de que el legislador ha querido unificar el ámbito material de ambos conceptos. Sin embargo, consciente de las diferentes vías de reconocimiento, valoración y declaración existentes, ha mantenido la distinta terminología. La discapacidad siempre ha sido reconocida por los órganos competentes de la administración (Servicios Sociales y Seguridad Social) mientras que la incapacitación sólo puede ser declarada por la jurisdicción civil. Sin embargo, en la actualidad, una auténtica protección de la persona en quien concurren esos grados de minusvalía señalados, requerirá formalmente la declaración de discapacidad e incapacitación para ostentar toda la protección que brinda el Código Civil”¹⁵⁵.

No obstante, un sector mayoritario de la doctrina, no está de acuerdo con esta afirmación¹⁵⁶. Se señalan que son dos acreditaciones diferentes que poseen más aspectos que las separan que las que las unifican. Por ejemplo TORRES GARCÍA apunta que: “eufemísticamente, se dice de la persona con discapacidad que ésta se configura como un *tertium genus*; en un polo la persona incapacitada judicialmente, art. 200 Cc, sujeta a la

¹⁵⁴ CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad...op.cit.*, pág.1162.

¹⁵⁵ CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad...op.cit.*, pág.1187.

¹⁵⁶ TORRES GARCÍA, T.F., “Discapacidad e incapacitación”, *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, coordinada por PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, Madrid, 2006. Su postura al respecto aparece en las páginas 450 y ss.

representación legal, sólo es el tutor de los medios de protección descritos en el art. 215 Cc; el presunto incapaz y en el otro la persona con discapacidad modulada con diversos matices, minusvalías psíquica, física o sensorial, con diversa intensidad pero cuya atribución del certificado o acreditación lo será en cuanto portador del porcentaje exigido para las minusvalías según el indiciario del baremo y de las tablas evaluadoras. Todo lo anterior hace que nos reafirmemos en que estamos ante un único medio de acreditar a una persona como discapacitado y éste es el procedimiento administrativo regulado en el mencionado RD 1971/1999.”¹⁵⁷

Señala además “que la persona discapacitada por el solo hecho de serlo es capaz, goza de capacidad de obrar plena pues para nada resulta afectada como consecuencia de su discapacidad”, y pone como ejemplo el artículo 3.1.a) de la LPPPD que hace referencia a la constitución del patrimonio protegido por la persona que tenga discapacidad cuando tenga capacidad de obrar suficiente¹⁵⁸. Obviamente esto es cierto pero habría que matizarlo, y conjugarlo con el principio de presunción de capacidad. Como ya se sabe la declaración administrativa de discapacidad no restringe la capacidad de obrar de la persona, ni mucho menos constituye el estado civil de persona incapacitada. Además ya se ha dicho anteriormente que debe regir la presunción de capacidad, por lo tanto hasta que no recayera sentencia de incapacitación se consideraría a la persona “presunto capaz”. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Civil que es donde nos estamos moviendo el certificado acreditativo donde se recoge el grado de minusvalía puede ser un elemento importante o puede ser un indicio de la falta de autogobierno de la persona con discapacidad, ya que un grado por ejemplo del 40% de minusvalía psíquica puede interferir en la capacidad volitiva y cognoscitiva de la persona. En el caso de la constitución del patrimonio protegido por la propia persona con discapacidad, aunque ya se estudiará en un apartado posterior, creo que el legislador está pensando en personas con discapacidad física o sensorial, aunque pueden existir casos de personas con discapacidad psíquica que tengan capacidad de obrar suficiente.

Otros de los argumentos que se esgrimen para considerar que la sentencia a la que hace referencia la LPPPD, es la de la jurisdicción social, es que ésta es la competente para

¹⁵⁷ TORRES GARCÍA, T.F., *Discapacidad e incapacitación...*, op.cit., pág.453 y 454.

¹⁵⁸ TORRES GARCÍA, T.F., *Discapacidad e incapacitación...*, op.cit., pág.456.

conocer del recurso contra las resoluciones acreditativas de la discapacidad, y no la jurisdicción civil. Por tanto, el legislador ha determinado que para incapacitar a una persona y para recurrir la acreditación del grado de discapacidad, que sean dos procedimientos distintos y que se les aplique normas distintas¹⁵⁹. En este aspecto, estamos totalmente de acuerdo, una cosa es el proceso de incapacitación y otra el recurso contra el certificado administrativo. Pero lo que creemos además, es que perfectamente puede incluirse dentro de la expresión “resolución judicial firme”, la sentencia de incapacitación civil, siempre y cuando se base en el certificado administrativo. Se puede entender que si el legislador hubiera querido excluir la sentencia de incapacitación civil, lo hubiera considerado en la ley, matizando que la resolución judicial debería ser la procedente de la jurisdicción social. El problema que subyace, y como ya se ha dejado entrever anteriormente, es que la jurisdicción civil en los procedimientos de incapacitación no suele incluir el grado de discapacidad de la persona que se incapacita, pero todo se deriva de una falta de descoordinación bastante considerable entre el ámbito social y el ámbito civil.

4. Consideraciones sobre la necesidad de coordinar la vía administrativa y la vida judicial

La acreditación de la discapacidad como se ha visto anteriormente, está circunscrita al ámbito de los equipos de valoración correspondientes de las Administraciones Públicas, mientras que para determinar la falta de autogobierno y así incapacitar a una persona son necesarios los informes periciales pertinentes bien sean psiquiátricos, médicos, etc. Pero normalmente los facultativos que examinan a la persona que está incurso en un proceso de incapacitación, no suelen ser los mismos que valoran el grado de minusvalía para su acreditación en el ámbito de la administración.

A ello hay que añadir, que además para poder acceder a las ayudas que se derivan de la Ley de Dependencia, hay que aplicar un baremo distinto al recogido en el Real Decreto 1971/1999 a la persona con discapacidad, por tanto nos podemos encontrar que

¹⁵⁹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pág.42.

una misma persona puede estar sometida a tres valoraciones distintas con todas las consecuencias negativas que pueden ocasionar tanto para él como para su familia.

En este sentido, y como se ha puesto de manifiesto, existe una descoordinación importante en la Administración Pública y los Tribunales y sin embargo en este ámbito deberían estar más unidos que nunca, ya que estamos valorando una misma realidad como es el de la discapacidad desde perspectivas distintas, aunque desde el punto de vista de la Administración sea para otorgar los beneficios y ayudas que correspondan y desde el punto de vista de los Tribunales para incapacitar a una persona. Por tanto, consideramos que una solución oportuna sería la de que a pesar de existir el pertinente documento acreditativo de la Administración en el que se recoja el grado de minusvalía de la persona con discapacidad, en el caso de que existiera un proceso de incapacitación de esa persona con discapacidad, sería más conveniente que en lugar de que los dictámenes periciales fueran emitidos por facultativos adscritos al Tribunal o elegidos por el Juez, fueran los propios equipos de valoración que han determinado el grado de minusvalía los que emitieran los informes, ya que son los que en primera instancia han valorado la discapacidad de una persona.

En el caso de que no existiera previo documento de acreditación de la discapacidad de una persona, pero sin embargo, sí se hubiera instado el proceso de incapacitación de la misma, el juez podría solicitar a los equipos de valoración correspondientes los dictámenes que pusieran de manifiesto el estado de la persona sometida al proceso de incapacitación, y así incluso en el mismo se podría acreditar el grado de minusvalía de una persona, y determinar si esa persona puede o no gobernarse por sí misma, señalando incluso también, en la sentencia civil el grado de “minusvalía” que recoge el correspondiente certificado, y por tanto ya no sería la sentencia dictada en orden social la que determina el grado de discapacidad como sostienen algunos autores, sino que la sentencia dictada al amparo de un proceso de incapacitación también recogerá dicho porcentaje.

Es decir, que para extender la cobertura de amparo sobre las personas que poseen una discapacidad severa, sería importante que como se acaba de decir, los equipos de valoración de la Administración fueran los mismos que emitieran los dictámenes en un proceso de incapacitación, ya que esto provocaría una mayor agilidad a la hora de

proceder a incapacitar a una persona, se produciría una reducción de costes económicos, y lo que es más importante se evitaría el sufrimiento de las familias de tener que, por un lado acudir a la Administración para que valore el grado de discapacidad de una persona, e ir además a los Tribunales para incapacitar a una persona si no puede gobernarse por sí misma.

Pongamos un ejemplo que se suele dar con frecuencia pero que refleja muy bien lo que acabo de señalar. Una familia en la que uno de los miembros padece por ejemplo la enfermedad del Alzheimer. Para obtener algún tipo de ayuda o beneficio económico, esa persona debería ser valorada por los equipos correspondientes de la Administración que son los que le expedirían el certificado administrativo de acreditación de su grado de minusvalía. A esa persona, para evitar que perjudique sus intereses realizando actos jurídicos patrimoniales, habría que proceder a declararla incapacitada para nombrarle un tutor. Eso conlleva un procedimiento judicial, y tener que volver a examinar facultativamente a esa persona, para dilucidar si posee o no capacidad de autogobierno. Y no digamos ya si se solicitan las ayudas contenidas en la Ley de Dependencia¹⁶⁰.

Por tanto, es normal que muchas familias no insten la incapacitación de los miembros que posean una falta de autogobierno. La doctrina¹⁶¹ señala como causas: la tradicional desconfianza de los familiares del enfermo o deficiente frente a la intervención de los jueces y Tribunales. En segundo lugar, la insuficiencia de medios e inadecuada preparación en el poder judicial (incluido el Ministerio Fiscal, cuyas competencias en materia de tutela han sido llevadas al protagonismo en la reforma de 1987). Y tercero, la deficiente coordinación con los servicios asistenciales de la administración. CORDERO CUTILLAS¹⁶² entiende que “las modificaciones que ha introducido esta Ley en el ámbito

¹⁶⁰ Los artículos 26 y siguientes determinan la valoración de la dependencia de las personas que solicitan las prestaciones contenidas en la ley. Si bien la Resolución de 23 de mayo de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia, señala “que las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona según el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación de Grado de Minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia”.

¹⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol.II, Personas*, edición revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, J.L, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 150.

¹⁶² CORDERO CUTILLAS, I, *La discapacidad...*, *op.cit.*, pág.1159.

del derecho de sucesiones puede ocasionar el incremento de procedimientos tendentes a la incapacitación que dispensa este campo del derecho civil”.

En conclusión, creo que es conveniente y necesario simplificar y coordinar el procedimiento de incapacitación con la valoración de la discapacidad por parte de la Administración, siendo los equipos de valoración correspondientes los que en un proceso de incapacitación determinen si esa persona que ya ha sido previamente valorada puede o no autogobernarse por sí misma, y evitar una nueva valoración médica.

CAPÍTULO III

EL ENCAJE LEGAL DEL PATRIMONIO

PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON

DISCAPACIDAD

I. LA ELABORACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Consideraciones iniciales

El 19 de noviembre de 2003, se publica en el BOE número 277, 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. Esta ley se enmarca dentro del Año Europeo de las Personas con Discapacidad y es emanación de los artículos 49, y 9.2 de nuestra Carta Magna¹⁶³.

Esta Ley marca un antes y un después, en la protección de las personas con discapacidad desde la perspectiva del Derecho Privado. Las normas sobre protección de la discapacidad han dimanado del Derecho Público y se han referido tradicionalmente a la concesión de determinadas prestaciones sociales, la integración educativa y laboral en la sociedad, beneficios fiscales en materia tributaria, y últimamente a evitar la discriminación de las personas con discapacidad. Salvando determinados preceptos del Cc y los relativos a la incapacitación, el Derecho Civil no se había pronunciado al respecto. Sin embargo, la LPPPD no surge por decirlo de algún modo de la noche a la mañana. Desde hacía tiempo los grupos políticos, las asociaciones de personas con discapacidad, y colectivos del mundo jurídico, preveían la necesidad de elaborar una norma desde la perspectiva del Derecho Privado, para proteger la discapacidad desde el ámbito patrimonial o civil. Sin embargo, hay que esperar hasta el año 2003, para que se promulgue dicha Ley.

¹⁶³ Art.49 CE: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en 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”.

A pesar de la loable finalidad de esta norma, es casi unánime el sentir general de los juristas y colectivos de personas con discapacidad respecto a las grandes imperfecciones de la misma. La ley es muy deficiente técnicamente, como se irá viendo a lo largo del análisis del patrimonio protegido. LEÑA FERNÁNDEZ¹⁶⁴ señala por ejemplo que: “lo primero que constata el jurista práctico es que, de protección a las personas con discapacidad (el propósito manifestado por el legislador en la denominación de la Ley y en su Exposición de Motivos) ¡muy poco!, sobre todo por la excesiva cicatería puesta de manifiesto por el legislador en materia fiscal; y lo segundo es que, desde el punto de vista técnico-jurídico, la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas”.

Pero a pesar de las críticas, también es cierto que la Ley posee muchos aciertos, como es el caso de la introducción de la autotutela, la creación de un patrimonio específico para satisfacer las necesidades concretas de las personas con discapacidad, o las diversas reformas sucesorias¹⁶⁵.

Como apunta SERRANO GARCÍA¹⁶⁶ no es políticamente correcto criticar una ley de estas características, respaldada unánimemente por todos los grupos políticos, cosa difícil en el panorama político en el que nos movemos. Sin embargo, es necesario resaltar las deficiencias de la ley, para que el legislador pueda corregirlas y promulgar una ley plenamente eficaz y que realmente dé cumplimiento a la finalidad de la misma. Como esta Ley procede de un proyecto que elaboró el antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con la colaboración de la Fundación Aequitas, no es una Ley en la que participó activamente la Comisión General de Codificación. Esto es reseñable ya que se observa deficiencias jurídicas de base en la misma, como es el caso de la propia configuración del

¹⁶⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, *op.cit.*, págs. 182 y 183.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas”, *Personalidad y capacidad jurídicas, 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, t.II, coord. CASADO RAIGÓN, R., GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Universidad de Córdoba, 2005, pág. 699 y 700, considera que es una de las modificaciones más importantes y de mayor calado entre las reformas que ha sufrido el Cc, porque según él afecta a los tres pilares fundamentales que son la persona física, en este caso discapacitada que es el primer elemento sobre el que se apoya el Derecho Civil. En segundo lugar, la familia como “dimensión básica de la personalidad y célula fundamental de la sociedad”, y el tercer lugar el patrimonio, que es el elemento esencial para su desarrollo.

¹⁶⁶ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 139.

patrimonio protegido como un patrimonio de destino. Este tema es una cuestión muy compleja, sin embargo si analizamos las premisas básicas de la teoría general del patrimonio, la categoría de patrimonio de destino, o de patrimonio adscrito a un fin, no encajan con la configuración legal del patrimonio protegido¹⁶⁷. Además, previamente a la elaboración definitiva de la LPPPD existieron varios “ensayos” sobre como configurar la protección patrimonial de la persona con discapacidad, que son necesarios señalar para un mayor entendimiento de la formulación jurídica actual del patrimonio protegido, ya que algunos de esos aspectos deficientes parten de la base de los antecedentes previos a la Ley.

2. La proposición no de Ley, sobre el marco jurídico de protección patrimonial del minusválido

El Grupo Parlamentario Popular elaboró una proposición no de ley en 1999¹⁶⁸, sobre el marco jurídico de la protección de las personas con minusvalía desde la esfera patrimonial¹⁶⁹. En este momento ya se puso de manifiesto que debido a la longevidad de

¹⁶⁷ Como muy bien expone DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 52 y 53 “las grietas que presenta la ley se deben fundamentalmente a que se han tomado como modelo instituciones jurídicas, como las fundaciones o el *trust*, de las que se emplean algunas piezas sueltas para después crear una figura distinta, el patrimonio protegido con el resultado final de que no se puede terminar el puzzle porque no encajan las fichas”.

¹⁶⁸ Esta ley surge de un largo proceso de reflexión de fundaciones y asociaciones de personas con discapacidad. Así lo explica GAZTELU SAN PÍO, C., “La Ley del Patrimonio Especialmente Protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantía para el futuro de las personas con discapacidad. Las reformas del Código Civil. La Autotutela.”, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003*, Fundación Aequitas, Madrid, 2ª ed, 2005, págs. 209 y 210. Explica que esa proposición no de ley surge cuando un grupo de fundaciones y asociaciones recogen las preocupaciones de los padres respecto de sus hijos, para cuando ellos fallezcan. Esas inquietudes se pusieron de manifiesto en unas Jornadas que organizó la Confederación Española de Fundaciones, en marzo de 1999. Pocos meses después, la Fundación ONCE entrega una beca a dicha Confederación para realizar estudios sobre ese tema. Después de esa iniciativa y esas Jornadas, el Partido Popular elaboró dicha proposición, ya que Vicente Martínez-Pujalte había estado presente en todo momento en el proceso de gestación.

¹⁶⁹ La Proposición no de Ley, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 447, Serie G: General, de 14 de junio de 1999, únicamente decía: “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Valorar la necesidad de proponer un marco jurídico patrimonial privado del minusválido, incidiendo de manera singular en su proyección familiar, que dé solución a la problemática planteada, actualizando la regulación hoy vigente, habida cuenta de la preocupación de las familias por garantizar una suficiencia de medios para sus miembros discapacitados y las nuevas y cada vez más extendidas formas de discapacidad que se presentan en la sociedad desarrollada.
2. Estudiar y proponer, en caso afirmativo, en el plazo de seis meses:

las personas con discapacidad y la supervivencia a sus progenitores, era necesario articular mecanismos de protección como la formación de un patrimonio, para que las personas con discapacidad pudieran hacer frente a sus necesidades económicas en el momento en que faltaran sus padres. En la Exposición de motivos se señala que “*algunas de las normas reguladoras del régimen civil sucesorio, de familia y de protección de las situaciones personales, concebido para dar respuesta a unos problemas que no existían o bien no se daban con la extensión e intensidad actuales, han quedado rezagadas ante las nuevas exigencias de la sociedad moderna*”¹⁷⁰.

En el debate parlamentario, se acentúa la necesidad de promover modificaciones en el ámbito del Derecho Privado ya que en el Derecho Público se había avanzado considerablemente. El señor MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ¹⁷¹ señala que “hay dos aspectos esenciales para mejorar la calidad de vida de los discapacitados: por una parte, la eliminación de las barreras, objetivas y subjetivas, arquitectónicas y formativas, que les permitan una integración en el mundo social, laboral, etcétera y, por otra parte, garantizar a las familias y a los propios discapacitados que, ante las nuevas realidades sociales, tengan marcos adecuados para permitirles una vida digna en el futuro, eliminando la angustia de muchas familias que no saben qué hacer para proteger a los suyos”.

GÓMEZ RODRÍGUEZ¹⁷² en nombre de Coalición Canaria expone que: “nosotros creemos que es un paso adelante decisivo que se tenga en cuenta una posible y necesaria modificación de las normas del derecho privado, del derecho civil y del derecho procesal, para buscar una protección a este grupo de personas (en el mundo hay más de 500 millones de personas que están afectadas por estas deficiencias) cuando lleguen a la tercera o cuarta edad o cuando sean mayores- independientemente de la denominación- para que tengan una protección de la que hoy no pueden disfrutar por cuanto que nuestro Código Civil y nuestras leyes procesales no han sido modificadas y actualizadas”.

a) Las medidas de Derecho Civil y Procesal, entre otras, precisas con las que se dé respuesta a los problemas personales y patrimoniales que padecen quienes por causas psíquicas, sensoriales o físicas no pueden valerse por sí mismos.

b) La adecuación del ordenamiento tributario a las anteriores medidas legislativas de carácter constitutivo, para que coadyuve a la mejor integración social del minusválido, a su desarrollo vital y familiar”.

¹⁷⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante BOCG) de 14 de junio de 1999, número 447, pág. 16.

¹⁷¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 26 de junio de 1999, número 250, pág.13328.

¹⁷² DSCD de 26 de junio de 1999, número 250, pág.13330.

Esta propuesta tuvo aceptación positiva entre todos los partidos políticos, señal de ello es que todos los presentes en la Cámara votaron de forma afirmativa a la misma. Sin embargo, se hicieron varias críticas a la proposición. El Grupo Socialista presentó una enmienda señalando que debía incorporarse la mención de que se hablaba de personas gravemente afectadas por la discapacidad, y no de todas aquellas que presentaran algún tipo de la misma, ya que para estas personas se debía hablar de integración, y no de derecho¹⁷³. Por su parte el Grupo Parlamentario Vasco, criticó que se hubiera presentado como una Proposición no de ley para tratar el tema, en lugar de haberlo propuesto como proposición de ley o proyecto de ley, ya que en ese momento el Partido Popular estaba gobernando, y una ley tan necesaria no iba a tener vinculación política al Gobierno.

A pesar de la aprobación unánime de la Cámara, hay que esperar más de cuatro años para que surja una ley relacionada con la protección patrimonial de las personas con discapacidad. Lo importante de esta iniciativa es que empieza a observarse como la protección económica derivada de la propia persona con discapacidad y su familia, es necesaria para hacer frente a sus necesidades personales.

3. La Propuesta de Ley reguladora del Estatuto Patrimonial del Discapacitado y la regulación del Patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad

Esta proposición no de ley es el punto de partida hacia la Ley 41/2003, sin embargo desde distintos ámbitos se realizaron propuestas de regulación patrimonial para

¹⁷³ En el debate el Grupo Socialista señala: “Para el conjunto de personas que tienen algún tipo de discapacidad, el consenso en este país es hablar de la integración, de su incorporación al mundo del trabajo, de su incorporación a una educación lo más normalizada posible, de su incorporación e integración en la sociedad. Por lo tanto, no podemos estar hablando de un derecho patrimonial, no podemos estar hablando de un derecho fiscal, no podemos estar hablando de una peculiaridad para todos los discapacitados”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 26 de junio de 1999, número 250, pág.13329. A continuación el mismo grupo parlamentario señala: “Desde el movimiento de personas con discapacidad hay una tendencia a decir: estamos solos y la familia tiene que resolverlo todo. Pero eso no es del todo real, cada año cuentan con más recursos, con más medios, cuentan con políticas monetarias y con políticas de servicios, es decir, los poderes públicos, el Estado, las administraciones están al servicio de la integración y de la protección de las personas con discapacidad. A nosotros nos gustaría que el Gobierno no viniera sólo con propuestas en defensa de patrimonios privados, en defensa de intereses de familia, sino que también hiciera una revisión acerca del papel que casi siempre juega el Estado cuando desaparecen el padre y la madre de los minusválidos y, por tanto, que se tengan en cuenta también los intereses que los poderes públicos pueden tener con estas personas severamente afectadas”.

proteger a las personas con discapacidad. Son destacables dos iniciativas concretas: una de ellas es la “Regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad” elaborado desde un ámbito jurídico por la Fundación Aequitas¹⁷⁴. El otro instrumento reseñable es la “Propuesta de Ley reguladora del Estatuto patrimonial del discapacitado”, elaborado por parte de colectivos de personas con discapacidad, en concreto, el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) y la Confederación Española de Fundaciones (CEF).

En este último documento¹⁷⁵ se regulaban dos instituciones que según se exponía en el Preámbulo eran figuras “*de nueva factura que carecen de precedentes directos en la legislación española*” y eran las fundaciones de asistencia singular y las cargas de asistencia singular. Este tipo de fundaciones se encontraban con el límite del art. 34 CE que reconoce el derecho de fundación para fines generales, vetando cualquier tipo de fin particular. De este modo se prohibía constituir fundaciones familiares. Según la Propuesta del CEF y el CERMI, no se pretendía crear una fundación de este tipo, sino lo que se intentaba era a partir de la premisa de interés general, crear un subtipo de fundación denominada de interés singular. Se partía de la base que la asistencia a una persona incapacitada, era una manifestación o una derivación de la asistencia general, ya que redundaba en beneficio de la sociedad. Una vez se extinguía la fundación de asistencia singular, los bienes pasaban a algún tipo de institución tutelar que tenía como fin la guarda de otras personas incapacitadas.

Por otro lado, junto a este tipo de fundaciones se hablaba de “cargas de asistencia singular”, y consistía en afectar unos bienes al cumplimiento de unos fines pero sin concederles personalidad jurídica. Estos bienes se adscribían a una persona jurídica tutelar de las reconocidas en el art. 242 Cc¹⁷⁶, las cuales poseían la administración de esos bienes.

¹⁷⁴ www.aequitas.org, es una Fundación formada básicamente por Notarios que está realizando una magnífica labor en materia de protección de personas con discapacidad, menores y personas mayores.

¹⁷⁵ <http://antiguo.cermi.es/documentos/descargar/estatuto%20patrimonial%20del%20discapacitado.pdf>

¹⁷⁶ Art. 242 Cc: “*Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados*”.

Así el art. 5 de la Propuesta señalaba: *“Se entiende por fundación de asistencia singular aquella fundación que tiene por objeto la satisfacción de las necesidades económicas del incapacitado mediante la administración de un patrimonio adscrito a un fin”*. Mientras que el art. 28 recogía en cuanto al concepto de carga que: *“Podrán afectarse bienes o derechos a la satisfacción de las necesidades de un incapacitado mediante la transmisión definitiva e incondicionada de su titularidad a una persona jurídica tutelar que se encargará de administrarlos en beneficio de dicho incapacitado. En ningún caso esa afectación supondrá la creación de una nueva persona jurídica fundacional”*.

En otro orden de cosas, también se preveían modificaciones en materia tributaria, por ejemplo:

- Que no estuvieran sujetas a tributos o similares las fundaciones y cargas de asistencia singular.
- Que las aportaciones que se efectuaban a las mismas pudieran reducirse en la base imponible del IRPF hasta un máximo de 2.200.000 pesetas (13.200 euros más o menos).
- Se señalaba además que las personas con discapacidad debían disfrutar de una reducción del valor del patrimonio neto de 25 millones de pesetas (sobre 150.000 euros) para determinar la base imponible del impuesto sobre el patrimonio.

Las modificaciones del ámbito civil que se recogían en el documento básicamente eran:

- La introducción de la autotutela.
- La exención para las personas con discapacidad de la prestación de alimentos entre parientes, salvo que se comprobara que sus ingresos eran superiores a sus necesidades futuras.
- Una nueva causa de indignidad basada en la no prestación en vida de las atenciones debidas por los parientes colaterales de las personas con discapacidad.

- Se señalaba que cuando el Estado alcanzaba la condición de heredero *ab intestato* debía entregar lo recibido a las entidades asistenciales que se encargaron en vida de la persona con discapacidad.

Estos son a grandes rasgos las propuestas que se hacían desde el CERMI y el CEF. Sin embargo desde el ámbito jurídico, representado por la Fundación Aequitas se configuró un patrimonio con unas características especiales para satisfacer las exigencias materiales de las personas con discapacidad. Los argumentos en que se basaron para optar por la configuración del patrimonio protegido fueron tres básicamente: el primero de ellas, es que todas las personas con discapacidad eran sujetos merecedores de una especial protección. En segundo lugar, asumir la protección de la persona con discapacidad complementando la esfera pública con la privada, y en último término entender que la Constitución no ampara las fundaciones de interés particular ni los fideicomisos familiares.

En este caso, el patrimonio protegido no tenía personalidad jurídica. Se podía constituir tanto para una persona con discapacidad, como para todas aquellas que estuvieran declaradas judicialmente incapacitadas, siendo necesario para su reconocimiento la inscripción en un registro de patrimonios protegidos. La administración correspondía bien a algún familiar o a una institución sin fines lucrativos. Un patrimonio protegido podía tener a más de un beneficiario en caso de tratarse de hermanos. Para la supervisión del mismo se creaba la Fundación Patrimonial de Discapacidad.

En materia fiscal, se reconocía que los patrimonios protegidos no se sujetarían a tributos ni prestaciones análogas, las entidades sin fines lucrativos y los beneficiarios de los patrimonios protegidos no estaban sujetos a tributos y similares en lo atinente a los bienes y derechos que los componían ni las rentas que se derivaban de los mismos. Las aportaciones que se efectuaban a los patrimonios protegidos tenían el mismo régimen fiscal, aplicándose también en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Las reformas que se proponían en materia de Derecho Civil podían sintetizarse en las siguientes:

- Se reconocía igual que en la Propuesta del CEF y el CERMI, que el Estado cuando tuviera derecho a la herencia de la persona con discapacidad, debería asignarla totalmente a la entidad sin ánimo de lucro que asumió la administración del patrimonio protegido, y en su defecto a otras instituciones sin ánimo de lucro.
- Se recogía la causa de indignidad para suceder a los parientes colaterales por no prestar las atenciones debidas.
- Se concedía la posibilidad de que el testador de una persona con discapacidad, podía excluir a los herederos forzosos, o imponer gravámenes, condiciones y sustituciones sobre la legítima.
- Se reconocía la autotutela y poderes preventivos.
- Como en la Propuesta del CEF y el CERMI se pretendía la exención de la prestación de alimentos entre parientes a las personas discapacitadas.

4. La Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003

Esta Ley, como se ha dicho anteriormente es un paso importante en la protección privada de la discapacidad, ya que además de modificar las tradicionales instituciones del Cc, crea un tipo especial de patrimonio destinado a satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad¹⁷⁷. Por tanto, el legislador optó por configurar un patrimonio especial para las personas con discapacidad en detrimento de las fundaciones a pesar de tener éstas personalidad jurídica¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Después de la presentación de la proposición no de ley del año 1999, en la Confederación Española de Fundaciones, se empezó a trabajar sobre el tema, con la participación de expertos en materia de discapacidad de todos los ámbitos. Fruto de esa colaboración surge un borrador que se somete al Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), que fue aprobado por el mismo. Por su parte la Fundación Aequitas, elabora un borrador de “regulación del Patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”.

Ese borrador fue recogido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales quien lo tramitó, elevándose al Consejo de Ministros quien el 13 de mayo de 2003 decidió remitirlo a las Cortes Generales para configurarlo como una ley.

¹⁷⁸ SEDA HERMOSÍN, M.A., “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”, *Academia Sevillana del Notariado, Conferencias del Curso Académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Tomo XVI, vol.2, Comares, Granada, 2008, pág.4, la cataloga como una ley de consenso mínimo, al haber regulado únicamente aquellos aspectos en los que hubo un acuerdo de mínimos entre todas las partes interesadas:

La LPPPD consta de diecisiete artículos aglutinados en tres Capítulos, dos Disposiciones adicionales, y tres Disposiciones finales. El Capítulo I (artículos 1-8) recoge la regulación sustantiva del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, el segundo Capítulo hace referencia a las modificaciones del Cc, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, el artículo 9 regula la Autotutela, permitiendo por primera vez que las personas en previsión de su posible pérdida de capacidad de obrar en un futuro, puedan designar la persona que desean que rija su persona y sus bienes.

El artículo 10 recoge las modificaciones en materia sucesoria. Se establece en el art. 756.7, una nueva causa de indignidad para suceder basada en la desatención por parte de los herederos hacía la persona con discapacidad, remitiéndose a los arts.142 y 146 del Cc. Se modifican los art. 782, 808, y 813 para permitir que se grave la legítima cuando sea en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. El art. 821 hace referencia al legado que consista en una finca que no permita división, y el art. 822 recoge la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual. El art. 831 otorga amplias facultades al cónyuge supérstite para mejorar y distribuir la herencia del premuerto.

Por su parte, el art. 11 modifica el art. 1732 en materia de mandato, el art. 12 crea un nuevo capítulo dentro del Título XII del Libro IV del Cc, en la que se regula el contrato de alimentos (arts. 1791 a 1797). El art. 13 añade una disposición adicional cuarta en el Cc con relación al concepto de discapacidad¹⁷⁹, mientras que el artículo 14 modifica el art. 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de procesos sobre capacidad de las personas, permitiendo que el presunto capaz, como debería denominarse (aunque la Ley hable de presunto incapaz) pueda instar su declaración de incapacidad.

El capítulo tercero contiene las modificaciones en materia tributaria, incidiendo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto de Sociedades y el

asociaciones de personas con discapacidad, grupos parlamentarios, Administración y cuerpos profesionales implicados.

¹⁷⁹ Este artículo señala que: “*La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*”.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁸⁰. La Disposición Adicional Primera señala que las actuaciones previstas en el Capítulo I, es decir, las que incidan sobre el patrimonio protegido de la persona con discapacidad, se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria. La Disposición Adicional Segunda por su parte otorga la potestad a las Comunidades Autónomas para que declaren exentas de tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio los bienes y derechos que compongan el patrimonio protegido.

Hay que destacar a grandes rasgos en este momento, a pesar de que en cada apartado concreto se señalarán, las enmiendas que se realizaron a la ley antes de su aprobación definitiva¹⁸¹. Básicamente, y centrándonos exclusivamente en las relacionadas con el patrimonio protegido, las mismas se dirigieron al régimen fiscal que debía poseer éste¹⁸², en la necesidad de establecer como requisito necesario de la constitución del patrimonio el inventario de los bienes y derechos que lo componían, la necesidad de acotar las personas que pueden solicitar la constitución del mismo a las que posean “interés legítimo”, y posibilitar al guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica que pueda constituir un patrimonio protegido.

¹⁸⁰ En cuanto a las Disposiciones de la ley, señalar la Disposición adicional primera que dispone: “Las actuaciones judiciales previstas en el capítulo I de esta Ley se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente”. Y la Disposición final segunda: “El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta Ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor”.

¹⁸¹ Publicadas en el BOCG, número 154-5, de 10 de septiembre de 2003.

¹⁸² El Comité Económico y Social emitió un dictamen en fecha de 26 de febrero de 2003, donde ponía de relieve también el déficit fiscal que poseía el patrimonio protegido. En el apartado de “Observaciones Generales”, después de exponer su valoración de positiva de la Ley señala varios aspectos dignos de destacar. En primer lugar expone que “no obstante, el CES considera que para aquellas personas con discapacidad que no puedan constituir un patrimonio protegido, los poderes públicos deberían establecer a la vez un sistema de protección social reforzado que atienda igualmente de forma satisfactoria sus necesidades”. En segundo lugar, resalta la insuficiencia del régimen fiscal establecido en los siguientes términos: “Por otro lado, y en contraste con el alcance de los cambios operados en materia civil, el Anteproyecto de Ley no configura, como hubiera sido esperable dada su especificidad, un régimen fiscal especial separado de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, sino que introduce una serie de modificaciones tributarias dirigidas básicamente a integrar esta nueva figura jurídica dentro de la normativa vigente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades. Por ello, de no arbitrarse cambios fiscales sustantivos no se cumpliría el objeto de la norma.

En opinión del CES, el Anteproyecto debería haber establecido que el cumplimiento de obligaciones fiscales por disponer del patrimonio en un momento determinado no debería exigirse cuando dicha disposición responda a situaciones de satisfacción de las necesidades que han dado lugar a la constitución del patrimonio. De lo contrario, podría considerarse que prima la voluntad de preservar la masa patrimonial en vez de la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, que constituye la finalidad declarada del texto normativo objeto de Dictamen”. Puede consultarse en <http://www.ces.es/dictamenes/2003/dic052003.pdf>

Sin embargo, existieron dos enmiendas importantes que se propusieron aunque no tuvieron éxito y que hubieran dado respuesta al punto más conflictivo del patrimonio protegido, que es el de su naturaleza jurídica. Éstas fueron la enmienda número 58 del Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*¹⁸³ y la enmienda número 20 del Grupo Parlamentario Socialista¹⁸⁴. En el primer caso se proponía la adición a través del artículo 12 bis, de un nuevo párrafo en el artículo 1.911 del Cc que dijera: “*El patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio*”. La justificación que dieron sobre la misma era clara: “excluir la masa de bienes afecta a la satisfacción de las necesidades vitales del titular del patrimonio, de la responsabilidad universal proclamada en el texto actual del artículo 1.911. De no incluirse esta salvedad, el patrimonio podría quedar totalmente desprotegido”.

La enmienda del Partido Socialista se refería a la modificación del art. 5 apartado 4 que señalaba: “*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*”. La motivación de esta modificación era establecer una salvaguarda del patrimonio protegido “para evitar actos de disposición, afianzamiento o garantía simulada que pudiera hacerse con los bienes que integran el patrimonio protegido, pero que no guardan relación con dicha masa patrimonial”.

Estas enmiendas no se aprobaron y por tanto no se incluyeron en el texto definitivo lamentablemente. Se desechó una gran oportunidad para haber solucionado y despejado desde un primer momento todas las dudas que se plantean en torno a la naturaleza jurídica y que crean una gran inseguridad jurídica por lo que respecta a la responsabilidad de los bienes que compone el patrimonio protegido.

¹⁸³ BOCG de 13 de septiembre de 2003, pág. 41.

¹⁸⁴ BOCG de 13 de septiembre de 2003, pág. 26.

5. La reforma de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad

Antes de entrar a analizar la Ley, hay que señalar que recientemente se ha modificado la LPPPD mediante la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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 la Exposición de Motivos de la Ley se señala que se *“destaca la mejora de la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal para los fines de control que se persiguen; la determinación del domicilio en función del cual se fija la competencia del Ministerio Fiscal, que no debe ser el de otorgamiento de escritura pública, sino el del domicilio del discapacitado. También se da cabida a las comunicaciones telemáticas en este ámbito. Y, finalmente, destaca la aclaración legal del concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos, habida cuenta de la disparidad de criterios detectados en la práctica”*¹⁸⁵.

Dos de las cuestiones sobresalientes de esta Ley, son por una parte la referente a la Disposición final primera sobre la *“reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”*, y por otro lado la aprobación de una enmienda sobre reforma del régimen fiscal de los patrimonios protegidos. La Disposición final dispone que:

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación 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 Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

¹⁸⁵ BOCG núm. 5-1 de 20 de junio de 2008.

Esta Disposición es un paso más hacia una denominación neutra y que evite la estigmatización y de la discapacidad como un problema. De este modo se pone el acento no ya en el aspecto de que la persona con discapacidad está incapacitada para la realización de determinadas actividades, ya sean personales o patrimoniales, sino que la capacidad de obrar por cumplir los requisitos reconocidos en el Cc, puede no ser plena del todo¹⁸⁶.

Por lo que respecta a la aprobación del Senado el pasado 24 de febrero de 2009 de la enmienda relativa a la mejora del régimen fiscal de los patrimonios protegidos, ésta señala lo siguiente:

Disposición final primera bis. Mejora del régimen fiscal de los patrimonios protegidos.

1. Con el fin de favorecer la constitución y el mantenimiento de patrimonios protegidos a favor de personas con discapacidad, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de mejora del tratamiento fiscal de estas instituciones patrimoniales.

2. En la elaboración de dicho Proyecto de Ley, el Gobierno recabará con carácter previo el parecer y las propuestas de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y del Consejo Nacional de la Discapacidad.

Aunque esta enmienda jurídicamente no aporta nada, es importante, porque ha sido unánime el sentir de las personas implicadas en este tema, en señalar que el tratamiento fiscal al que estaba sujeto el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, no incentivaba la constitución de los mismos. Esta enmienda deja la puerta

¹⁸⁶ ENTRENA PALOMERO, B., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Los derechos de las personas con discapacidad, vol.II, Aspectos económicos y patrimoniales*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 996 y 997, ya recogía esta necesidad de cambio: “Pero la realidad social de la discapacidad vive al margen de la protección que el procedimiento de incapacitación proporciona. ¿Por qué ocurre esto cuando es el medio que la normativa civil establece de mayor protección? La respuesta es clara: el procedimiento es doloroso para las familias. Los padres de una persona con discapacidad luchan por la integración del mismo en todos los ámbitos: educativo, laboral, ejercicio de derechos cívicos, ocio,... Es contrario a toda su línea de trabajo con su hijo (o a los hijos con sus padres que tienen alguna enfermedad degenerativa) acudir a un funcionario para que les documente como incapacitados. Está claro que lo primero que repugna a las familias es una terminología que, cuando menos, podemos calificar de incorrecta políticamente (...) Bastaría con suprimir el prefijo “in” para obtener un término acogedor y protector: procedimiento de capacitación”.

abierta para que se lleve a cabo esa reforma tan esperada en el momento que se publique dicha Ley.

Hay que dejar apuntado también, ya que será objeto de un análisis más exhaustivo en el capítulo dedicado a la inscripción registral del patrimonio protegido, que esta norma ha dejado resueltas diversas lagunas registrales que se planteaban en la práctica. No obstante, también es cierto que a pesar de la reforma existen diversos extremos que no han sido regulados y que a nuestro juicio hubiera sido necesario, como es el caso de la cancelación registral que tiene carácter potestativo y no preceptivo como debiera ser.

II. CAUSAS QUE MOTIVARON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Desarrollo de la medicina y nuevas formas de discapacidad

Los avances médicos y tecnológicos aplicados a la medicina han provocado un aumento de la esperanza de vida en las personas. El Sistema Nacional de Salud en sus informes anuales, ha puesto de manifiesto como la esperanza de vida de los ciudadanos españoles se encuentra en los 80 años¹⁸⁷, esto implica que muchas personas con discapacidad van a sobrevivir a sus progenitores. Por otro lado la ley habla de nuevas formas de discapacidad como la enfermedad del Alzheimer o las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico. En el año 2006, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, junto el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) elaboran un informe denominado “Las personas mayores en España. Datos estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas”. Tomando como referencia un estudio realizado en el año 2000 por Alzheimer Europa, se señala que casi 490.000 personas de nuestra población sufrían esta enfermedad, siendo junto Dinamarca y Finlandia uno de los países con la tasa más elevada¹⁸⁸.

¹⁸⁷ <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/e01.htm>

¹⁸⁸ Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/imserso/estadisticas/persmayoresesp.html>

Todos los estudios relacionados con el aspecto cuantitativo de la discapacidad toman como referencia en España, la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (EDDES) de 1999, llevado a cabo por el INE¹⁸⁹, el IMSERSO, la Fundación ONCE y el Consorcio Centro de Estudios Demográficos de la Universidad Autónoma de Barcelona¹⁹⁰. En esta encuesta se evidenciaba que había más de tres millones y medio de personas con discapacidad, pero si tenemos en cuenta que han pasado diez años desde que se elaboró, el número de personas que poseen una discapacidad habrá aumentado considerablemente. Los datos expresados son indicadores del elevado índice de discapacidad que hay en la sociedad, sobre todo si se tienen en cuenta además las familias que de una forma u otra están relacionadas con ellas.

2. Cambio de la estructura social con relación a la familia

Tradicionalmente, la familia ha sido el pilar fundamental en la protección de las personas con discapacidad. Éstas dependían de sus allegados en todas las facetas de su vida. Hasta la reforma operada en 1983 por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modifica el Cc en materia de tutela¹⁹¹, regía el Consejo de Familia para atender a sus asuntos ya que eran escasos los procedimientos de incapacitación. Básicamente era el Consejo el que gestionaba el patrimonio de la persona con discapacidad, aunque no existían muchas que tuvieran uno¹⁹².

Sin embargo, en quien recaía la obligación de hacerse cargo de ellas eran las mujeres. Como muy bien señala BELLO JANEIRO¹⁹³ “tradicionalmente, en el área mediterránea, la familia se constituía en una unidad de miembros que se autoprotegían de diferentes modos. Los hombres se encargaban de procurar el sustento o la riqueza necesarios para el desarrollo material de esta unidad y la mujer poseía más bien un papel

¹⁸⁹ Instituto Nacional de Estadística.

¹⁹⁰ http://www.ine.es/prodyser/pubweb/disc_inf05/discapa_inf.htm.

¹⁹¹ BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

¹⁹² Para ver con más detalle los modelos de transformación de la sociedad, SANTOS URBANEJA, F., “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, *Discapacitado, Patrimonio Separado y legítima*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

¹⁹³ BELLO JANEIRO, D., “Autotutela e incapacitación voluntaria”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 23 y 24.

de protección anímica y física de los miembros de la familia”. Esta situación cambia con la profunda transformación social vivida en los últimos años con su incorporación en el mundo laboral. Se ha pasado del rol de mujer ama de casa, dedicada exclusivamente a las labores del hogar, a su incorporación e integración plena en el ámbito laboral, por tanto ese papel de cuidadora de los miembros de su unidad familiar, ya no va a recaer exclusivamente sobre ella. En la actualidad la presencia de las fundaciones tutelares, las residencias para personas mayores, centros especiales con personas con discapacidad, etc., ha implicado que las familias cuenten con ayuda externa.

Respecto el cambio en la estructura familiar, es necesario apuntar un dato llamativo que recoge la EDDDES en el apartado del entorno familiar de las personas con discapacidad. En primer lugar, apunta que cada vez es mayor el número de mujeres y personas mayores que hacen la función de “sustentador principal” tal y como señala, a diferencia de lo que ocurría en la tradicional familia patriarcal, donde el hombre era el que se encargaba del sustento de la familia. Esto no obstante, no es lo reseñable, lo importante es que se indica que cada vez hay más personas con discapacidad que se encargan de esta función, es decir, de responsabilizarse de sus hogares. La EDDDES explica que dos tercios de los sustentadores principales con algún tipo de discapacidad conviven con alguien “sustentado”. Lo que revela, citando textualmente es que: “la adscripción de persona que padece alguna discapacidad no es incompatible con el desempeño, por su parte, de la función de sustentador principal de un hogar o, en otras palabras, de sujeto del cual otras personas dependen”¹⁹⁴.

En conclusión, hemos pasado de un modelo en el que la persona con discapacidad dependía absolutamente en todos los aspectos de su vida de su familia, a un modelo basado en su plena autonomía e independencia en el que incluso la persona discapacitada puede responsabilizarse de las cargas familiares.

¹⁹⁴ EDDDES, pág. 231.

3. Reivindicaciones de los colectivos de personas con discapacidad y aumento de su autonomía de la voluntad

Ya se vio anteriormente, como a la hora de explicar la conceptualización de la discapacidad pasamos de un modelo en el que ésta se consideraba como un problema individual, propio de la persona, a verse como una cuestión de la sociedad, de cómo unas barreras sociales impiden que las personas con discapacidad puedan integrarse completamente en la misma y por tanto situarse en una posición de igualdad frente al resto de ciudadanos. Se ha evolucionado en un marco contextual donde las personas con discapacidad se veían como personas dependientes del Estado y sobre todo de su familia, a un papel en el que cada vez se tiene más en cuenta su autonomía de la voluntad. Prueba de ello es la modificación del artículo 757.1 de la LEC, dada por la LPPPD¹⁹⁵. Este precepto es la mejor prueba para señalar la importancia que tiene la voluntad de la persona con discapacidad, ya que permite a la persona “presuntamente incapaz” promover su propia incapacitación. O el caso de la autotutela, institución jurídica que permite que en previsión de una futura incapacitación la persona pueda designar quien se va a encargar de regir su persona y sus bienes.

Por otro lado, la LPPPD habla de capacidad de obrar suficiente, por tanto se puede entender que la Ley tiene en consideración a las personas que aún teniendo capacidad de obrar restringida, sí tienen suficiente juicio para tomar determinadas decisiones. Por tanto, ya no nos movemos en los dos polos opuestos: uno, el de persona con capacidad plena y por tanto puede tomar las decisiones que considere oportunas libremente y el otro el de persona con discapacidad que por el hecho de tenerla no puede tomar decisiones por él mismo. Efectivamente, no hay que moverse de un extremo a otro de forma automática, sino que hay que tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad siempre y cuando sea consciente de las decisiones que adopte y los efectos que conlleven las mismas.

¹⁹⁵ Este artículo señala que: “La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz”.

4. Evolución del Derecho privado. Entre el papel de lo público y lo privado

El Derecho Privado en esta materia ha ido siempre muy retrasado respecto al Derecho Público, la LISMI primera ley importante desde la promulgación de la Constitución Española es de 1982, sin embargo, hasta el 2003 no surge en nuestro campo una ley expresamente destinada a las personas con discapacidad. No obstante, esta circunstancia se ha debido a que básicamente las autoridades gubernamentales tanto desde el nivel europeo como estatal, han tenido como primer objetivo establecer políticas de carácter social de integración en diversos ámbitos como la educación, el empleo, el transporte, las nuevas tecnologías quedando relegado el papel del Derecho Privado a un segundo plano.

Obviamente es necesario un marco de carácter público para luchar contra las prácticas discriminatorias, y la necesidad de eliminar las barreras sociales que impiden la participación igualitaria de las personas con discapacidad en la sociedad. Sin embargo, también es necesario que el Derecho Civil, que es el Derecho protector de las personas en sentido estricto, despliegue sus efectos ante las personas con discapacidad para ampliar ese marco protector.

El problema que subyace en este asunto, es la cuestión que ha puesto de relieve la doctrina sobre quien ha de proporcionar el apoyo a las personas con discapacidad para que su equiparación con el resto de ciudadanos sea plena. La Exposición de motivos de la Ley es clara al señalar que: *“Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos. En gran parte, tales medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas.*

Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta Ley”.

En resumen, hay que decir, y así lo ponen de relieve todos los ámbitos en los que se trata este tema, que es necesario fomentar la aportación privada al apoyo económico de las personas con discapacidad¹⁹⁶. Ya hemos visto como por un lado, han sido las familias en las cuales ha recaído ese peso, pero por otro lado el Estado contribuye a través de las prestaciones económicas correspondientes, sobre todo después de la entrada en vigor de la Ley de Dependencia. Sin embargo, para fomentar esa autonomía de la persona con discapacidad, es necesario que pueda satisfacer sus necesidades con su propio patrimonio. Resulta de gran importancia equilibrar las aportaciones de los tres niveles (Estado, familia, y patrimonio propio) para permitir que pueda ser autosuficiente, y eliminar el estigma de “persona dependiente” sobre todo a efectos económicos. No obstante, no se pudo escindir la relación entre Estado y familia, por lo que debe de existir una compatibilidad entre las mismas, para dar una mayor protección a la persona con discapacidad¹⁹⁷.

III. FINALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El artículo 1.1 LPPPD, dice explícitamente cuál es el objeto de la Ley: *“El objeto de esta Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al*

¹⁹⁶ LÓPEZ BURNIOL, J. J., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº. 43, 2005, pág. 440, señala que: “Las políticas de protección o amparo dirigidas a los discapacitados no han de agotarse en las políticas públicas: el Derecho Privado es un instrumento muy adecuado para mejorar la calidad de vida de estas personas y de sus familias. Sin dejar de reconocer que los poderes públicos han de ser la garantía primera y última de la situación de los discapacitados es necesario asumir el papel fundamental que desarrollan las familias en esta materia. Es innegable el derecho que asiste a éstas de velar por sus miembros discapacitados, de preocuparse por su presente y su futuro”.

¹⁹⁷ MUÑIZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. 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”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coord. González Porras, J.M., y Méndez González, F.P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, págs. 3430 y 3431, señala: “La disyuntiva entre solidaridad pública y solidaridad familiar o participación privada siempre se plantea irremediablemente en este tema, puesto ahora de nuevo en actualidad dado el incremento del número de personas mayores originando nuevas causas de dependencia. La dependencia se ha convertido así en el campo para afrontar la participación de la familia y el Estado en el reparto de responsabilidad, costes y gastos. Está claro que el Estado tiene la obligación de contribuir al bienestar personal de cada individuo (...). La desvinculación total de la sociedad conduciría a imponer cargas y obligaciones a los familiares que no podrían soportar y la sobrecarga para la sociedad desincentivaría la intervención familiar”.

patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afeción 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.

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”.

La finalidad de la creación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, es procurar que las personas que tengan el grado de minusvalía que determina la Ley puedan satisfacer sus necesidades vitales mediante dicha masa patrimonial.¹⁹⁸ El punto de partida procede, tal y como señala la Exposición de Motivos de la constatación de la supervivencia de personas con discapacidad a sus progenitores, a la mejora de asistencia sanitaria, y a nuevas formas de discapacidad. Ya se señaló en el apartado anterior como hay otras causas que de forma directa o indirecta han propiciado la promulgación de esta Ley: el cambio de estructura social de la familia, la toma en consideración de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, y la evolución del Derecho Privado.

SERRANO GARCÍA¹⁹⁹ considera que tener la consideración de persona con discapacidad acarrea dos consecuencias: la primera de ellas es que posee más gastos que una persona que no lo es. Y en segundo lugar, normalmente sus ingresos serán inferiores a los de las personas no discapacitadas, por la dificultad de integración laboral. En consecuencia, este desequilibrio económico debe ser reestructurado en el sentido de intentar igualar los ingresos y los gastos, o ayudar a que la persona con discapacidad pueda satisfacer estos últimos. Y para ello, el instrumento que se ha creado a tal efecto es el patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

¹⁹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006, págs. 83 y 84, señala que el que la Ley señale que el patrimonio está sujeto a las necesidades vitales del titular no lo convierte en especial, ya que la función de cualquier patrimonio es esa. Pone de relieve además que comparte con el resto de patrimonios servir de garantía a los acreedores, ya que en ningún momento se desprende de la ley que se mantiene al margen de las acciones de los acreedores del titular, por lo que responde de todas las obligaciones que se contraigan.

¹⁹⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 135.

LEÑA FERNÁNDEZ²⁰⁰ no considera que realmente la finalidad de la ley sea la constitución de un patrimonio protegido porque realmente no favorece esa constitución. Considera que la utilidad real de la Ley se encuentra en dos supuestos concretos uno de carácter general y otro especial o particular. El primero de ellos radica en huir de la incapacitación, mecanismo que en nuestro país no tiene una aceptación positiva. Por tanto, con la constitución del patrimonio protegido las familias en las que algún miembro de las mismas posee discapacidad, se evitará acudir a un procedimiento judicial con lo que esto conlleva para incapacitar a esa persona en concreto. Y el segundo de los motivos que subraya es el de constituir un patrimonio protegido a favor de un hijo con discapacidad, por parte de uno de los padres “con bienes privativos o de los dos con bienes gananciales, como medio de eliminar problemas y recelos a la hora de la adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal a uno u otro de los cónyuges”.

Sin embargo, a pesar de su finalidad y de ser un instrumento jurídico muy interesante, en la práctica los resultados actuales no indican lo mismo. En estos momentos son escasos los patrimonios protegidos que se han constituido. Se defiende la tesis de que no se constituyen más patrimonios protegidos por los escasos beneficios fiscales que posee, pero consideramos que a ello habría que añadir la inseguridad jurídica que provoca que la ley no diga nada de forma expresa sobre el régimen de responsabilidad de las deudas del patrimonio de la persona con discapacidad. A pesar de que este tema ya se tratará en un apartado posterior, en este sentido si los familiares de una persona con discapacidad tuvieran la seguridad de saber que el patrimonio protegido sólo debería responder de las deudas derivadas o que se generaran en él (junto con una mejora de la fiscalidad), el número de patrimonios protegidos constituidos aumentaría.

²⁰⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”, *Academia Sevillana del Notariado, Conferencias del Curso Académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, T. XVI, vol.2, Comares, Granada, 2008, págs. 36 y ss.

IV. CONCEPTO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Objeto del patrimonio protegido

La LPPPD no define claramente el patrimonio protegido de la persona con discapacidad, ni cuál es su naturaleza jurídica, lo que es un desacierto de la Ley a nuestro juicio, ya que si hubiera determinado expresamente esos extremos se habrían resuelto muchas de las controversias jurídicas que giran en torno a dicha figura.

El objeto y régimen jurídico del patrimonio protegido se regula en el artículo 1 de la Ley, aunque queda mejor delimitado en la Exposición de Motivos, la cual dispone que: *“el objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”*.

El art.1.1 ya reproducido anteriormente, señala que el conjunto de bienes y derechos que se aporten al patrimonio de las personas con discapacidad forman el “patrimonio especialmente protegido”. Además, van a formar parte de él los frutos²⁰¹, productos y rendimientos de los mismos.

Por tanto el patrimonio protegido de las personas con discapacidad es el conjunto de bienes y derechos, así como los frutos, productos y rendimientos de los mismos para satisfacer las necesidades vitales de la persona. GALLEGO DOMÍNGUEZ²⁰² lo define como “aquel conjunto de bienes y derechos de titularidad del discapacitado, ya tenga su origen en atribuciones a título gratuito por terceros, ya en una especial afección de bienes preexistentes del discapacitado, que queda, así como sus frutos, especialmente destinado a

²⁰¹ Tanto los naturales, los industriales, y los civiles.

²⁰² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, 2006, pág. 119.

la atención de las necesidades vitales de su titular, para lo cual la Ley articula un específico régimen de administración”. HERBOSA MARTÍNEZ²⁰³ señala que es “un conjunto de bienes que por estar específicamente destinado a atender a las necesidades vitales de una persona con limitaciones goza de un régimen especial de protección”. Sin embargo, matiza que todos los bienes de una persona sean capaces o incapaces van destinados a satisfacer las necesidades personales, así que lo que especifica ese conjunto de bienes es el acto formal de destino que efectúa el titular.

Lo primero que llama la atención es que la Ley habla de “patrimonio especialmente protegido”. La duda que se suscita al respecto de forma inmediata es sobre qué hay que protegerlo. Esta terminología que ha empleado el legislador, es uno de los elementos clave desde mi punto de vista para determinar la naturaleza separada del patrimonio protegido, como más adelante se analizará. De otro modo, no se entiende la creación de una masa patrimonial distinta del patrimonio general, para proteger a la persona con discapacidad.

El legislador habla de bienes y derechos, por tanto, aquí no se aplica la discusión clásica sobre el contenido del patrimonio. Estará formado por bienes muebles o inmuebles, derechos reales y de crédito, tanto presentes como los que se puedan aportar en un futuro. Los bienes podrán ser tanto materiales como inmateriales como es el caso de los derechos de propiedad intelectual. Se excluirán de los mismos los derechos que no tengan carácter patrimonial siguiendo las premisas básicas de la teoría general del patrimonio, por tanto no se incluyen los derechos personalísimos o los de carácter familiar. Sin embargo, la lesión de uno de estos derechos puede implicar la correspondiente obligación de indemnizar por los daños y perjuicios como ya se vio anteriormente.

El art. 5.4 de la Ley vuelve a señalar la adscripción de los bienes a la satisfacción de esas necesidades: “*Todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como los frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las*

²⁰³ HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *Actualidad Civil*, nº.16, septiembre, 2005, págs.1927.

necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido”.

Obviamente si se desea que el patrimonio sirva para hacer frente a las necesidades de las personas con discapacidad, los frutos, rendimientos o productos que se deriven de los bienes o derechos, es necesario que formen parte del mismo. De esta forma el patrimonio irá aumentando, y por tanto será más fácil cubrir esas necesidades.

Hay quien critica la redacción de este artículo, en concreto CUADRADO IGLESIAS²⁰⁴, cuando se apunta que el patrimonio protegido va destinado a satisfacer las necesidades vitales del beneficiario, o a mantener la productividad del patrimonio. Señala que “no tiene sentido que dicho patrimonio tenga como finalidad el mantenimiento de su productividad, pues su único propósito es satisfacer las necesidades vitales del beneficiario, para lo cual, naturalmente debe procurarse el rendimiento de los bienes que lo integran”.

Es necesario tener claro, que este patrimonio está creado para unas necesidades concretas que son las vitales, y por tanto, los bienes y derechos del mismo han de ir destinados a satisfacer las mismas, y no a satisfacer necesidades de otro tipo. Si el patrimonio protegido se destinara a satisfacer otro tipo de intereses, como los lucrativos o de ocio, se perdería desde nuestro punto de vista su finalidad y por tanto la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad separada de las deudas con el patrimonio personal carecería de sentido.

2. El concepto de necesidades vitales de las personas con discapacidad

El patrimonio protegido está destinado como ya se ha reiterado ocasionalmente a satisfacer un tipo de necesidades, en concreto las vitales. La pregunta que hemos de hacernos llegados a este punto, es qué debe entenderse por tales. Está claro que hay unas

²⁰⁴ CUADRADO IGLESIAS, M., “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, Vol. I coords. GÓNZALEZ PORRAS, J.M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, pág. 1136.

necesidades básicas, como el sustento o la vivienda, por tanto consideramos junto con CUADRADO IGLESIAS²⁰⁵ que podría hacerse extensivo el contenido del art.142 Cc en este sentido, y considerar como necesidades vitales lo que el Cc entiende por alimentos, es decir, sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que las circunstancias de las personas son muy distintas de unas a otras, y que cada una tendrá unas necesidades concretas. Podría incluso considerarse dentro de estas necesidades, la ayuda de terceras personas para realizar las actividades de la vida diaria, y por tanto su retribución podría incluirse dentro de esas necesidades vitales. Hay autores que entienden que incluso “el propio sostenimiento de personas con cargo del propio discapacitado”, puede incluirse dentro de necesidades vitales²⁰⁶.

ENTRENA PALOMERO²⁰⁷ considera que dentro del concepto de necesidades vitales, pueden comprenderse otro tipo de gastos muy comunes en la sociedad en que vivimos, como son las vacaciones de verano, deporte, etc. En este aspecto hay que señalar dos cuestiones: la primera y la más obvia es que todos tenemos derecho a disfrutar de unas vacaciones en condiciones, a tener tiempo de ocio, y esta parte de la vida de una persona es muy importante. Y en segundo lugar, y adelantándonos a lo que se expondrá en el apartado de la naturaleza jurídica del patrimonio protegido, consideramos que si pretendemos configurar una masa patrimonial que quede afecta a las necesidades vitales, y que únicamente debería responder de sus propias deudas, y por tanto que los acreedores del patrimonio personal no pudieran intentar satisfacer sus créditos contra ella, habría no que limitarla pero sí ceñirla a lo expresamente necesario y vital. De otro modo perdería sentido constituir un patrimonio para salvaguardar estas garantías de subsistencia mínima. Con ello no pretendemos decir, que no tienen derecho a tener unas vacaciones, lo que consideramos es que si queremos proteger ese patrimonio, que se utilice para satisfacer los gastos necesarios e imprescindibles, para que de otro modo los acreedores tampoco se

²⁰⁵ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, 1134.

²⁰⁶ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coord., Bello Janeiro, D., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pág. 177. MORETÓN SANZ, M.F., “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, nº 687, 2005, pág. 77 señala que: “su finalidad última es garantizar la asistencia y atención especializada, presente y futura, que requieran, incluso cuando sobrevivan sus progenitores. Es decir, son medidas que tienden a afectar ciertos medios económicos de iniciativa privada a la satisfacción de las necesidades de estas personas con discapacidad y, por extensión a sus familias”.

²⁰⁷ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 994.

vean perjudicados de forma tan drástica. Para ello se ha de configurar dos patrimonios, para que al menos uno de ellos pueda servir para garantizar unos mínimos vitales cubiertos, ya que a las personas con discapacidad queramos o no les será mucho más difícil en la mayoría de ocasiones conseguir una integración laboral plena, y poder recibir a cambio un jornal digno con el que poder vivir.

Por otro lado, se señala que el patrimonio protegido puede tener un fin específico dentro de esas necesidades vitales. Así MARÍN CALERO²⁰⁸ manifiesta que se puede constituir un patrimonio protegido por ejemplo para pagar una vivienda tutelada o constituir un negocio. Sin embargo, esa finalidad ha de constar en el acto constitutivo, y no puede ser modificada después más que por el propio constituyente. Afirma además, que es posible que los posteriores aportantes puedan establecer fines específicos para los bienes, cuando no contraríen los propios del patrimonio protegido.

En otro orden de cosas, hay quien ha criticado en concreto ENTRENA PALOMERO²⁰⁹, que al regularse la atención a la dependencia no se haga referencia al patrimonio protegido de las personas mayores, es más añade que “he podido observar distintas asociaciones que agrupan a padres con hijos con síndrome de Down piden también que los patrimonios protegidos se constituyan para sufragar gastos de la vida diaria de sus hijos.

Una posibilidad que podría darse y que sin embargo no está contemplada es la de que las posibles prestaciones derivadas de ser una persona “dependiente”, es decir, una persona que recibe una prestación económica derivada de la ley de dependencia, se integrara dentro del patrimonio protegido.

²⁰⁸ MARÍN CALERO, C., “Comentarios a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados*, Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, Instituto Notarial de Estudios Valencianos, coord. RUEDA PÉREZ, M.A., Valencia, 2005, pág. 44. Como pone de manifiesto en la misma página “ningún inconveniente hay, sino todo lo contrario, en que el Patrimonio Protegido tenga un fin más concreto que, sin superar el marco general, se adecue mejor a las necesidades del beneficiario o, incluso en mayor medida, a los legítimos deseos y propósitos del constituyente o aportante”.

²⁰⁹ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 989.

SERRANO GARCÍA²¹⁰ por su parte, pone de relieve la preocupación de la insistencia de la ley en las necesidades vitales del titular, en el sentido de limitar cuantitativamente el patrimonio, es decir, “constituir en cuantía suficiente para atender a lo vital, lo cual es bastante impreciso. Me hubiera parecido más adecuado utilizar la expresión que ya aparece en el Código Civil, en su artículo 634, en sede de donaciones, cuando habla de que el donante tiene que reservarse bienes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”.

3. Configuración del patrimonio protegido: patrimonio de ahorro y patrimonio de gasto

Consideramos que tal y como está configurado el patrimonio por el legislador, se ha pensado para patrimonios bastante cuantiosos. Como en la mayoría de casos va a ser difícil que se produzca esta situación, hay que incentivar la constitución de patrimonios más modestos pero suficientes para que la persona con discapacidad, pueda hacer frente a sus gastos de forma tranquila, sabiendo que va a poder cubrirlos de forma desahogada²¹¹. MARTÍNEZ DIE²¹² pone de relieve como éste es uno de los primeros interrogantes que ha

²¹⁰ SERRANO GARCÍA, I., “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado*, vol. 52, oct-dic, 2004, pág. 248.

²¹¹ Esto ya se puso de manifiesto por parte del señor SÁNCHEZ GARRIDO en la defensa de las enmiendas planteadas por el Grupo Parlamentario Socialista. Transcribiendo literalmente sus argumentaciones expone: “Señorías, desde el punto de vista político esta ley (...) no está pensada en todos los discapacitados. Esta ley está pensada en algunos discapacitados que poseen bienes suficientes como para tener un patrimonio protegido, mientras que no protege a otros discapacitados que por imperativo legal deberían tener la posibilidad de contar no sólo con un patrimonio protegido, sino de protegerse y de estar protegidos. (...) Es un proyecto de ley que no protege totalmente a los más desfavorecidos, por eso debe introducirse una modificación en la ley para que esas personas, que no pueden aportar un patrimonio, ni una sola peseta, ni tienen tampoco a nadie que lo aporte, tengan las mismas oportunidades”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm.809, pág. 25490.

Sin embargo, el Grupo Parlamentario Popular expuso que: “Se trata de una ley para todos. Quisiera tranquilizar al representante del Grupo Socialista en cuanto a que es cierto que es una ley para aquel que tiene algo, pero en el mundo de la discapacidad y de sus familias quién no tiene al menos una vivienda de protección oficial, quién no dispone de algún porcentaje. Al que no dispone de eso nuestro Estado social de derecho lo está cubriendo a través de otros medios no menos importantes. No quisiera que una ley que en derecho comparado es una buena novedad y profundamente social fuera catalogada, por aquello de que tiene en su epígrafe el título de patrimonial, como una ley de ricos”.

²¹² MARTÍNEZ DIE, R., “Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 300. Señala además que hay voces que sostienen que es una norma diseñada en provecho exclusivo de las clases sociales económicamente más favorecidas, que pone en evidencia un claro retroceso de nuestro Estado social y de bienestar, instaurando

planteado la Ley, es decir, correr el riesgo de caer en una “ley para ricos”. Sin embargo, argumenta que el legislador en la Exposición de Motivos deja claro que el objeto es regular medios económicos que puede proporcionarse a sí mismo el discapaz o a sus familiares o allegados, sin perjuicio de los que quepa obtener a través de los servicios públicos dirigidos a estas personas. LUCINI NICÁS²¹³ también considera que esta figura está pensada para familias que poseen una gran capacidad económica, ya que si el patrimonio protegido es de escasa entidad, lo más funcional sería acudir a la figura del fideicomiso.

A pesar de lo dicho, se suele decir que el patrimonio protegido puede concebirse de dos formas distintas: como un patrimonio de ahorro y un patrimonio de gasto²¹⁴. El primer caso consiste en aportar bienes y derechos de tal entidad que se vayan generando rentas periódicas derivadas de su explotación. Mientras que en el segundo, se trata de realizar aportaciones dinerarias periódicas “que permiten al discapacitado llevar una vida digna, integrarse socialmente y realizar un esfuerzo de ahorro para el futuro o para su reinversión”²¹⁵. MARÍN CALERO²¹⁶ explica muy bien las diferencias entre uno y otro: en el patrimonio de gasto lo que se hace es “canalizar un flujo más o menos constante de rentas disponibles, que cubran sus necesidades vitales cotidianas, al modo de una pensión alimenticia; de manera que se les asegure, hasta donde sea posible, un determinado nivel o modo de vida”. El patrimonio de ahorro consistiría en “atribuirle la titularidad de una importante masa de bienes perdurables, con cuyo uso o disfrute les sea posible alcanzar una autonomía, independencia y autosuficiencia económica”.

en nuestro sistema mecanismos de autoayuda característicos del modelo norteamericano”. Sin embargo, el autor critica que incluso la constitución de un patrimonio protegido puede no ser neutral, en el sentido de que muchas ayudas públicas se determinan a través de la situación patrimonial de la persona que las solicita.

²¹³ LUCINI NICÁS, J.A., *La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial...*, *op.cit.* pág. 1629.

²¹⁴ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 5, MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Centro de Estudios Ramón Areces, La Llave, Madrid, 2006, págs.82 y ss.

²¹⁵ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 5.

²¹⁶ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 82. Señala que en el primero de los casos el patrimonio se “irá formando por aluvión y estará principalmente constituido por cantidades discretas de dinero, títulos valores y bienes de consumo, incluidos derechos temporales, como el arrendamiento o el uso de muebles e inmuebles e incluidos también bienes inmateriales como la asistencia personal o cuidados de terceros. En el segundo caso, el patrimonio se formará normalmente de manera instantánea o en un escaso número de aportaciones y lo integrarán el dominio y los derechos reales de goce y disfrute sobre bienes, principalmente inmuebles, y las grandes sumas de dinero, capaces por sí solas de generar rentas apreciables, conservando el capital”.

Lo deseable sería que las personas con discapacidad pudieran vivir de forma independiente a sus familias gracias a la constitución de un patrimonio de ahorro. El problema es que en la mayoría de ocasiones las familias van a tener que realizar un verdadero esfuerzo económico para poder constituir un patrimonio protegido. De este modo las personas con discapacidad que tengan un patrimonio de ahorro, no tendrán tantos problemas a la hora de satisfacer las pretensiones de los acreedores. No obstante, las familias que hayan constituido un patrimonio de gasto, tal y como está constituido el esquema jurídico del patrimonio protegido, pueden verse perjudicados si los bienes que posee son escasos, y están única y exclusivamente destinados a sufragar las necesidades más básicas que pueda tener la persona con discapacidad, como alimentos, medicamentos, o vestido.

4. Régimen jurídico del patrimonio protegido

El artículo 1.2 de la LPPPD señala que *“el patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil”*. En el anteproyecto y en el proyecto de la ley, se incluía al final del párrafo la expresión *“o en su caso, en las normas de derecho civil, foral o especial”*.

Por otro lado, la Disposición final primera señala que la Ley se dicta al amparo competencial del artículo 149.1.6ª, 8ª y 14ª, es decir, al tener competencia exclusiva el Estado sobre legislación procesal, legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y Hacienda y Deuda del Estado²¹⁷.

²¹⁷ 149.1.6ª CE: *Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo en las Comunidades Autónomas.*

149.1.8ª: *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

Contra este precepto el Parlamento de Cataluña interpuso un recurso de inconstitucionalidad (número 1004-2004) que fue admitido a trámite por providencia por el Tribunal Constitucional, el 13 de abril de 2004²¹⁸.

La propia Exposición de motivos señala que *“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 149.1.8ª 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”*.

Si es inconstitucional o no, habremos de esperar hasta que se pronuncia el Tribunal Constitucional, lo que sí hay que decir es que en la Exposición de Motivos se deja claro que la LPPPD es supletoria a las posibles normas que dicten las CCAA que tengan Derecho Civil propio, por lo tanto en este sentido no creemos que esté violando su competencia. Así lo deja claro, el Dictamen del Consell Consultiu de Cataluña de 21 de enero de 2004²¹⁹. Otra cosa, es la referencia que se hacía en el anteproyecto y en el proyecto de ley, donde sí se señalaba que tendría carácter preferente *“sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil o, en su caso, en las normas de derecho civil, foral o especial”*.

Este apartado, fue una de las enmiendas por parte de casi todos los grupos parlamentarios que debatieron la ley, y que se eliminó en la versión definitiva de la misma, para evitar la invasión de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas²²⁰.

149.1.14ª: *Hacienda general y Deuda del Estado*.

²¹⁸ BOE núm. 102 de 27 de abril de 2004.

²¹⁹ BOPC, núm. 11 de 30 de enero de 2004, pág. 33. El Consell señala que: “El legislador estatal es competente para dictar los artículos 1 a 13 de la Ley 41/2003, en virtud de su competencia en materia de Derecho Civil. Esos preceptos tendrán en Cataluña valor supletorio (...). Esta referencia a la supletoriedad se ha de interpretar en el sentido antes citado. Es decir, la Ley catalana anterior y posterior a la Ley que dictaminan ha de poder regular la misma materia propia del Derecho Civil que se regula en esta Ley, siendo la Ley catalana de aplicación preferente. 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”.

²²⁰ El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, propuso sustituir desde “O, en su caso, en las normas de derecho civil, foral o especial” por: “sin perjuicio de las materias que sean competencia de las Comunidades Autónomas sobre las que exista desarrollo legislativo. La justificación de la enmienda se

Sin embargo, la cuestión que plantea el Parlamento catalán es que en virtud de los beneficios fiscales que tiene la LPPPD, por ser competencia del Estado, impide que las CCAA que tienen competencia en materia civil puedan legislar sobre este tema. Como señala el Consell: “El legislador autonómico podrá regular la figura del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, pero no puede regular los beneficios fiscales de esta institución especial, ya que el legislador estatal los ha vinculado de forma necesaria a la institución civil creada por él mismo. De esta manera, utilizando la potestad legislativa tributaria, el legislador estatal puede ocupar un ámbito material propio de la legislación civil, que ha de ser compartido con las comunidades autónomas”.

V. CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El patrimonio protegido de las personas con discapacidad, es un patrimonio autónomo que podríamos denominar de “nueva generación”. Es una de las formas patrimoniales que han surgido en estos últimos años, como consecuencia de las reivindicaciones de colectivos de personas con discapacidad, familias, y juristas, que abogaban por una protección económica más rigurosa de la discapacidad. Este tipo de patrimonio, no tiene nada que ver con la clásicos patrimonios, tales como la dote, aunque sí es cierto que obviamente comparte unas características comunes.

basaba en sustituir el carácter preferente de la Ley respecto de las normas forales, entendiendo que esta normativa debía aplicarse respetando la capacidad legislativa de las CCAA en esa materia”.

El Grupo Parlamentario Socialista, proponía redactar “o, en su caso, en las normas de derecho civil especial”. Entendían que la redacción que se proponía iba a vulnerar las competencias de las CCAA que, en virtud del art. 149.1.8ª, y en sus Estatutos de Autonomía, habían dictado normas en la materia.

Por su parte, Convergència i Unió, proponía una redacción del artículo 1, totalmente distinta. “1. El objeto de la presente Ley es la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad a fin de favorecer su formación, aportaciones y establecer los mecanismos adecuados para garantizar el cumplimiento de la finalidad a la que está destinado.

2. Se entiende por patrimonio protegido de las personas con discapacidad aquel conjunto de bienes y derechos que se afectan especialmente a las necesidades vitales de aquellas.

3. Este patrimonio está formado por el conjunto de bienes y derechos y las aportaciones posteriores que, a título gratuito, haga cualquier persona.

4. Este patrimonio se rige por lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen y por las normas de derecho civil, foral o especial que le sean de aplicación.” La justificación que dieron de la enmienda se basaba en la necesidad de precisar en mayor medida que se debe entender por patrimonio protegido, y evitar la preferencia de la ley estatal sobre las normas autonómicas de carácter civil con competencia en la materia.

Como se ha señalado anteriormente, la aparición de este nuevo patrimonio responde a unas necesidades concretas que se planteaban en la sociedad. Obviamente esto es fruto de la evolución constante de la misma, tanto desde un ámbito económico, jurídico, político y social.

GANZENMÜLLER ROIG, y ESCUDERO MORATALLA²²¹, hablan de tres principios que rigen la Ley y que se plasman en el patrimonio protegido: el principio de exclusividad, el principio de actuación en interés de la persona con discapacidad, y el principio de tutela institucional. El primer principio, hace referencia a que únicamente las personas con discapacidad pueden ser beneficiarios del patrimonio protegido, pero no todas las personas con discapacidad, sino únicamente los que poseen el grado que determina la ley. El segundo, es que la ley prevé una serie de reglas para que las actuaciones que realicen terceras personas redunden siempre en beneficio del titular del patrimonio protegido, como el hecho de que si posee suficiente capacidad de obrar deberá dar el consentimiento para la constitución o la aportación de bienes por parte de terceras personas. El último de los principios posee dos facetas, una de ellas, es que se permite la administración del patrimonio a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención de las personas con discapacidad. Y la otra, es que se encomienda el control y la supervisión de la administración al Ministerio Fiscal que puede estar asesorado por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Este patrimonio posee unas características concretas, que pueden extraerse de la propia Exposición de Motivos. Cuatro son los elementos fundamentales que resaltan de la lectura de la misma:

- a) La Ley lo configura como una masa patrimonial que queda vinculada de forma inmediata y directa a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular.
- b) Carece de personalidad jurídica.
- c) Queda aislada según el tenor de la Ley del resto del patrimonio de la persona beneficiaria por su específico régimen de administración y supervisión.

²²¹ GANZENMÜLLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F., “Últimas novedades legislativas”, *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 318.

d) En último lugar, la Ley habla de patrimonio de destino ya que su finalidad es satisfacer las necesidades vitales del titular.

Sin embargo, de la lectura del contenido sustantivo de la LPPPD se pueden extraer otras cuatro características:

- a) Posee un régimen de administración y gestión específicas.
- b) Entra en juego el principio de subrogación real, que rige en el patrimonio personal.
- c) Posee una duración limitada condicionado al requisito de la discapacidad.
- d) Se produce su extinción sin liquidación, aunque este requisito ha de ser matizado.

1. Creación por ley

La Ley es la única que puede crear un tipo concreto de patrimonio y no la voluntad de las partes, en aras a la seguridad jurídica que debe imperar en todo Ordenamiento Jurídico. Por tanto, como ya se señaló anteriormente en el capítulo de la teoría general del patrimonio, las partes no pueden crear, modificar, ni disolver un patrimonio sino es por imperativo legal.

Cuestión distinta es la referida al nacimiento del patrimonio reconocido legalmente por la voluntad de las personas. Es decir, la LPPPD crea el patrimonio protegido, pero para que realmente nazca, es necesario que una persona promueva la constitución del mismo, ya sea la persona con discapacidad pero con capacidad de obrar suficiente o bien un tercero. Ésta es una diferencia básica con determinados patrimonios clásicos. Por ejemplo en el patrimonio del ausente, es la ley la que dice que en el momento en que se determina judicialmente la declaración de ausencia, es necesario que el patrimonio del ausente quede en manos de un tercero que ha de administrarlo para que no se produzca un perjuicio en el mismo²²². Mientras que en el patrimonio protegido es la

²²² Lo mismo ocurre con los patrimonios fiduciarios, o la figura anglosajona del *trust*. Sin embargo, esto también debe ser matizado ya que en el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario, también es

voluntad de una persona, la que hace que nazca el patrimonio ya creado o reconocido por ley.

Por otro lado, la coexistencia de un patrimonio personal con un patrimonio autónomo, en este caso, implica que pueden existir relaciones entre ambos patrimonios. Éste aspecto es muy delicado, ya que el régimen jurídico beneficioso que pueda tener un patrimonio concreto puede implicar que el titular o los administradores del mismo, realicen traspasos patrimoniales de uno a otro con el fin de burlar los posible créditos que puedan existir frente a los acreedores. Por tanto, en estos casos los mecanismos de control y supervisión deben ser más rigurosos ya que el intentar proteger a la persona y concederle una serie de beneficios no ha de implicar bajo ningún concepto que se utilicen para burlar a los acreedores.

2. ¿Patrimonio de destino?

La Exposición de Motivos, lo deja bien claro: “*se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales*”. Es decir, que la creación de este patrimonio responde a la necesidad de que la persona con discapacidad pueda hacer frente a sus necesidades materiales o económicas.

Como será objeto de análisis en otro punto sólo quiero dejar apuntado que hay quien rechaza la consideración del patrimonio protegido como patrimonio de destino. Es el caso de MARTÍNEZ DÍE ²²³ que entiende que “un patrimonio o masa patrimonial sólo puede considerarse de destino si queda vinculado y afecto, con vocación de perpetuidad, a la consecución de un determinado fin, y que esa característica no se da en la figura que nos ocupa, cabe entender que esta masa patrimonial constituye un patrimonio separado y no un patrimonio de destino. Desde esta perspectiva, el patrimonio especialmente

necesario sea el heredero el que señale que acepta la herencia con el beneficio, por tanto se deriva también de la voluntad de la persona.

²²³ MARTÍNEZ DIE, R., “La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Vol.II Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, Bosch, 2005, pág. 159.

protegido de una persona con discapacidad sería algo así como una masa patrimonial integrada en su patrimonio general, merecedora de consideración independiente, por estar destinada a atender una determinada finalidad, sujeta a un periodo de caducidad indeterminado, pero cierto: la vida de la persona con discapacidad”. En el mismo sentido GALLEGO DOMÍNGUEZ²²⁴ entiende que si se usa el concepto técnico de patrimonio de destino, no estamos ante un supuesto del mismo, ya que el patrimonio protegido tiene un titular que es el beneficiario del mismo.

Queremos dejar apuntado, que si atendemos a la teoría general del patrimonio, el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, a nuestro parecer tiene más puntos de conexión con el patrimonio separado *stricto sensu* que el patrimonio de destino.

3. Régimen de administración y gestión específicas

El patrimonio protegido tiene un complejo régimen de administración y gestión, por otra parte distinto al del patrimonio personal de la persona con discapacidad. Este régimen se regula en el art. 5 y diferencia si el constituyente del patrimonio protegido es el propio beneficiario, y él mismo ha previsto las reglas de administración, o el caso de que no lo haya constituido él. Además está sometido a un control riguroso, ya que la supervisión del mismo corresponde al Ministerio Fiscal, que puede estar asesorado por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. El régimen puede complicarse si la persona en cuyo favor se constituye el patrimonio protegido, ha sido incapacitada judicialmente de forma plena nombrando un tutor para regir su persona y su patrimonio personal, que puede no coincidir con la persona administradora del patrimonio protegido.

²²⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.* pág. 123.

4. Patrimonio separado

No hay una posición unánime sobre la naturaleza jurídica del patrimonio protegido, lo que sí es un criterio común es que tanto sí es un patrimonio, como si no lo es, como si es un patrimonio de destino o separado, hay confusión de responsabilidades con el patrimonio personal.

Debido a la importancia de su naturaleza jurídica y los efectos que se derivan de ella, es conveniente tratar este aspecto de forma exhaustiva en un apartado posterior, aunque ya señalo que yo soy partidaria de entender que es un patrimonio separado, ya que en caso contrario, la finalidad y la configuración del patrimonio dejaría de tener sentido. Lo que sí quiero poner de relieve, es que la doctrina utiliza el término de patrimonio separado en el sentido de masa patrimonial diferente al patrimonio personal, por ese motivo utilicé anteriormente el término de patrimonio autónomo, para designar a los patrimonios que son diferentes al personal, y reservar la terminología de patrimonio separado para aquella masa de bienes que tiene un régimen de responsabilidad propio o una administración y gestión específicas, para evitar confusiones terminológicas.

5. Subrogación real

El juego de la subrogación real es perfectamente aplicable en el patrimonio protegido. Muestra de ello es la literalidad del art. 4º.3 LPPPD que al hacer referencia a la reversión de los bienes establece 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...”*. Obviamente la ley no impide que si *verbi gratia* se vende un bien inmueble comprendido en el patrimonio protegido la contraprestación recibida por el mismo entrará a formar parte en éste y no en el patrimonio personal.

6. No posee personalidad jurídica

La propia Exposición de Motivos ya señala que el patrimonio protegido no tiene personalidad jurídica, sin embargo se aísla del resto del patrimonio personal de la persona con discapacidad²²⁵. Esta precisión se deriva de los antecedentes de la ley anteriormente apuntados en los que se contempló la posibilidad de constituir una fundación de asistencia singular²²⁶. Por tanto, la ausencia de la personalidad jurídica es lo que diferencia entre otros aspectos el patrimonio protegido de la fundación. La doctrina reconoce que en el primer borrador del Anteproyecto de la ley, aunque al patrimonio no se le concedía personalidad jurídica, funcionaba en la práctica como si la tuviera, ya que se configuraba como un patrimonio separado de destino²²⁷.

La Ley es la que se encarga de atribuir personalidad jurídica a entes o agrupaciones, ya sea de personas o de bienes, apareciendo de esta forma las personas jurídicas de tipo asociativo o institucional²²⁸. Como en este caso, la ley no personifica al conjunto de bienes que forman el patrimonio protegido, obviamente no tendrá personalidad jurídica²²⁹. Lo que implica como exponen DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS²³⁰ que si por ejemplo una asociación no tuviese personalidad jurídica, las deudas que contrajera serían deudas de los socios y en los procesos tendrían que ser todos los socios demandantes o demandados.

²²⁵ A este respecto MARÍN CALERO, *Comentarios a la ley de protección patrimonial...*, op.cit., pág. 43, considera que “técnicamente, nada que objetar pues a la ausencia de personalidad jurídica. Sin embargo, lo cierto es que un patrimonio en buena medida separado, adscrito a un fin, susceptible de una larga duración en el tiempo y de constantes alteraciones en su composición material, necesita de un buen soporte organizativo. Desechado, incluso por analogía, el esquema de las fundaciones, el legislador debería haberse esmerado más en favorecer e incluso exigir una autorregulación suficiente”.

²²⁶ Propuesta de ley reguladora del estatuto patrimonial del discapacitado, elaborado por el CEF y el CERMI.

²²⁷ LÓPEZ BURNIOL, J.J., *La protección patrimonial...*, op.cit., pág. 444. En este caso, considera que se producía un fenómeno similar al que se produce en las comunidades orgánicas, en las que la ausencia de personalidad jurídica propia e independiente no impide que funcionen en la práctica como una persona jurídica.

²²⁸ El art. 35 del Cc señala que: “Son personas jurídicas:

1º. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo al derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

²²⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, op.cit., pág. 120.

²³⁰ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág. 586.

Por tanto, en un primer término hay que decir que la personalidad jurídica, es la que en parte limita la responsabilidad de las deudas de la persona jurídica en cuanto tal y la de sus integrantes. Esto nos llevaría a aceptar en principio, que al no tener el patrimonio protegido personalidad jurídica, no hay separación de deudas de los patrimonios, o dicho de otro modo, evita la confusión de responsabilidades. Sin embargo, al hacer referencia a la persona jurídica, hay que señalar como mostraba DE CASTRO²³¹ que hay dos tipos de personas jurídicas: las perfectas y las imperfectas. Las primeras serían según él: el Estado, los municipios, las asociaciones, las fundaciones, y la Sociedad Anónima. Éstas se caracterizan por tener vida independiente, separación completa de su patrimonio, y por no estar afectadas por el cambio o estado de sus miembros. Mientras que las personas jurídicas imperfectas, tienen algunas características de las anteriores, pero no tienen independencia completa ni en la gestión ni en el patrimonio. Este sería el caso por ejemplo, de la sociedad civil, las sociedades colectivas y las comanditarias.

CAPILLA RONCERO²³² señala que a la pregunta de si en nuestro Ordenamiento Jurídico la atribución de personalidad jurídica implica autonomía patrimonial, como sinónimo de responsabilidad limitada, que habría que responder de forma negativa. Matiza que esto no implica la existencia de supuestos personificados en los que la limitación de responsabilidad sí se manifiesta. Estos casos serían los que DE CASTRO denominaba personas jurídicas perfectas. Lo que sí concede la atribución de personalidad jurídica como señala aquél autor, es la creación de un patrimonio separado de los patrimonios personales de los miembros que conforman la persona jurídica, sin embargo, “el grado y el alcance de la separación es otra cuestión diferente que debe ser resuelta caso por caso”²³³.

Por tanto, cuando se alega que el patrimonio protegido no tiene limitación de responsabilidad porque la ley no le atribuye personalidad jurídica, no creo que haya que utilizar este criterio como elemento absoluto para limitar la responsabilidad patrimonial. Es decir, hay personas jurídicas que aun teniendo personalidad jurídica van a responder los socios de las deudas de la sociedad, como es el caso de las sociedades colectivas y

²³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1984, pág. 267.

²³² CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 105.

²³³ CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica...*, *op.cit.*, pág. 105.

comanditarias. Por otro lado, hay masas patrimoniales que aún sin tener personalidad jurídica únicamente responden de las deudas que se generan en ella. Por ejemplo, aunque sea una institución foránea el caso del *trust*.

En consecuencia, entendemos que el que el legislador señalara que el patrimonio protegido no tiene personalidad jurídica, únicamente venía motivado por aclarar que nada tenía que ver con la fundación. La cuestión de la personalidad jurídica y la responsabilidad por deudas indudablemente están directamente ligadas, pero no es un criterio determinante decir que tener o no personalidad jurídica implica responder o no de las deudas. El criterio que realmente es importante a efectos de limitación de responsabilidad es que la ley lo reconozca expresamente.

Hay quien critica la imprecisión en la redacción, cuando el art.1 habla de afección de los bienes y derechos que lo integran. Se argumenta que aunque en ocasiones una masa patrimonial concreta se separa del resto por su adscripción a un fin, para que se pueda defender la existencia de un patrimonio adscrito a un fin, es necesario que el mismo “se imponga por encima de la persona física, de manera que aquél adquiera entidad superior al individuo”²³⁴. Esto implica que haya que rechazar la idea de que estamos frente a una fundación, tal y como se señala “pues la fundación no es un patrimonio separado de su fundador o de sus beneficiarios, sino una persona jurídica”²³⁵.

La fundación se define como “una persona jurídica privada que el ordenamiento reconoce cuando un sujeto de derecho (o varios), el fundador, dispone para el futuro el destino de unos bienes al servicio permanente de una finalidad de interés general. Una persona que, como se ve, no es colectiva, no tiene socios”²³⁶. El paralelismo que se puede observar respecto al patrimonio protegido, es que en éste el aportante dota de unos bienes al patrimonio para satisfacer unas necesidades esenciales de la persona con discapacidad.

²³⁴ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El patrimonio especial del discapacitado...*, *op.cit.*, págs.1929 y 1930.

²³⁵ MARTÍN ROMERO, J.C., “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº. 60, oct-dic, 2006, pág. 135.

²³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil, I Parte general, vol.II, Personas*, 5ª ed, revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., Dykinson, Madrid, 2008, pág. 307.

Como se ha señalado anteriormente, la Propuesta de Ley reguladora del estatuto patrimonial del discapacitado, llevado a cabo por el CEF y el CERMI, recogía la figura de la fundación de asistencia singular, de ahí que se señale que el patrimonio protegido no tiene personalidad jurídica. La Constitución por su parte, en el artículo 34 reconoce el derecho de fundación para fines generales, por tanto para satisfacer fines particulares no puede constituirse una fundación. De esta forma se prohibían las fundaciones familiares.

Las semejanzas que se pueden establecer entre el patrimonio protegido de las personas con discapacidad y la fundación, tal y como señala la doctrina son varias, como el caso de la aportación inicial o el control de la administración. PEREÑA VICENTE²³⁷ señala que como la Ley no establece un régimen especial de responsabilidad puede hacer pensar que no existe patrimonio separado, “la cuestión reside en determinar cuál es la esencia de este concepto, es decir, si es o no esencial al mismo la independencia de las responsabilidades a que queda afecto”.

7. Duración limitada

El patrimonio protegido tiene una duración limitada y condicionada de forma ineludible al requisito de la discapacidad. Sin este elemento no existe patrimonio protegido, por tanto en el momento que desaparezca tal condición desaparece el patrimonio. El patrimonio protegido se extinguirá en el momento en que fallezca su titular cuando sea persona con discapacidad, o en vida del mismo si desaparece la causa que la motivó.

8. Extinción sin liquidación

A diferencia de lo que ocurre en otros patrimonios autónomos, como la herencia aceptada a beneficio de inventario o la sociedad de gananciales, parece ser que la LPPPD da a entender que uno de los elementos característicos del patrimonio protegido, es que a

²³⁷ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, op.cit., pág. 50.

su extinción por las causas que analizaremos más adelante, el mismo no se liquida, sino que podemos encontrarnos antes dos efectos distintos de la liquidación. Uno de ellos es que si no se establece nada al respecto, los bienes que conforman el patrimonio protegido se integran en el patrimonio personal de su beneficiario si no ha fallecido, o en caso de que fenezca en la masa hereditaria. La segunda de las posibilidades que puede darse es que el aportante del bien o derecho estableciera en el momento de la aportación, el destino que debe darse al mismo en el momento en que se extinga el patrimonio protegido²³⁸. No obstante, como se observará en el capítulo relativo a su extinción, y a pesar de que expresamente no lo imponga la norma es necesario proceder a la liquidación del patrimonio protegido, satisfaciendo las deudas que ha podido ocasionar, y una vez liquidadas proceder a otorgarles el destino que corresponda al remanente.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DEL DISCAPACITADO

Determinar la naturaleza jurídica de una institución jurídica es una de las cuestiones más complejas a las que se ha de enfrentar un jurista al analizar una figura concreta. El caso del patrimonio protegido no es menos. Su naturaleza jurídica es una de las cuestiones más problemáticas y conflictivas relativas al mismo. Para precisarla es necesario analizar tres cuestiones. La primera de ellas es la de si verdaderamente estamos ante un patrimonio o sólo ante una serie de bienes y derechos concretos y específicos que dentro del patrimonio personal se diferencian o agrupan respecto del resto por estar afectos a unas especialidades fiscales y de administración, como se ha llegado a cuestionar parte de la doctrina. Una vez superado este obstáculo y si se defiende que realmente es un patrimonio, hay que determinar en qué categoría patrimonial se incardina. Y una vez que este aspecto se clarifica hay que estudiar la responsabilidad patrimonial del mismo.

²³⁸ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 29, defiende la idea de la extinción sin liquidación basándose en la literalidad del art. 6, por lo que considera que el patrimonio protegido se refunde en la masa patrimonial de su titular, sin perjuicio de la facultad de reversión de la que dispone el aportante.

1. El patrimonio protegido de la persona con discapacidad: ¿es un verdadero patrimonio?

Un sector de la literatura jurídica entiende que el patrimonio protegido no puede considerarse patrimonio en el significado técnico-jurídico clásico, sino únicamente un conjunto de bienes del patrimonio personal con unas características *sui generis*. En este sentido hay que precisar, que la cuestión es muy compleja y no existe una línea de argumentación única. Como se ha puesto de relieve anteriormente, no existe consenso en casi ninguno de los elementos del patrimonio en cuanto tal, por lo que la consideración del patrimonio protegido en cuanto patrimonio vendrá determinado por las diversas líneas argumentativas que se defiendan sobre el mismo.

MARTÍN ROMERO²³⁹ avala la tesis de que realmente no es un patrimonio en los siguientes términos: “este patrimonio especialmente protegido no constituye un patrimonio propiamente dicho en un sentido técnico-jurídico y mucho menos tiene personalidad jurídica, como, innecesariamente, aclara la Exposición de Motivos II, párrafo 2º. Se trata más bien de una masa o conjunto de bienes sujetos a un régimen especial de gestión y al que se le otorgan determinados beneficios de orden fiscal en razón de la protección”. Considera que no se dan las notas que caracterizan al patrimonio en los términos tradicionales del mismo, “al menos si queremos mantener la categoría en sus términos tradicionales, lo cual no necesariamente tiene por qué ser así, pero el cambio de un concepto de tanta raigambre sólo puede ser alterado con motivos de suficiente entidad”²⁴⁰. En este aspecto no estamos totalmente de acuerdo, la protección de determinados colectivos sociales puede tener la entidad suficiente para obviamente, no transformar el concepto de patrimonio, pero sí para flexibilizarlo. No se pretende que con el patrimonio protegido, la persona con discapacidad pueda quedar indemne respecto de las exigencias de los acreedores, sino que pueda vivir en condiciones normales y de igualdad promoviendo su independencia. La finalidad no es enriquecerse ni crear una

²³⁹ MARTÍN ROMERO, J. C., *Del patrimonio y sus clases...*, *op.cit.*, pág. 134.

²⁴⁰ MARTÍN ROMERO, J. C., *Del patrimonio y sus clases...*, *op.cit.*, pág. 134. Entiende el autor que le falta la nota del ámbito de responsabilidad autónoma, ya que no existe una relación legal de deudores independientes y diferentes de los acreedores de la persona con discapacidad, cosa que debería existir al considerarse un “patrimonio separado”, al no abarcar todos los bienes de la persona con discapacidad, ni existe la ordenación de concurrentes posibles, que son según el autor notas características del concepto técnico-positivo del patrimonio. En el mismo sentido HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El patrimonio especial del discapacitado...*, *op.cit.*, págs. 1928 y 1929.

fortuna por decirlo de algún modo, sino poder satisfacer sus exigencias económicas y vitales, eliminando el estigma de persona dependiente.

Sin embargo, creo que la articulación tan compleja que realiza la Ley del patrimonio protegido no va destinada o no tiene como fin únicamente someter una serie de bienes y derechos a un régimen especial de administración. El legislador si se permite la expresión “no hubiera perdido tanto el tiempo” en elaborar la ley. Desde nuestro punto de vista, de la literalidad y lectura de la norma se desprende la intención de crear un patrimonio propiamente dicho, basado en las premisas clásicas de la teoría general del patrimonio, teniendo en cuenta como se señaló en el capítulo anterior, que entre el momento histórico en el que se elabora la teoría del patrimonio, y el momento actual han existido cambios en todos los ámbitos de la sociedad, y por tanto obviamente las nuevas formas patrimoniales que van surgiendo no encajarán de forma perfecta, en los esquemas clásicos. Pero por ello no hay que dejar de considerarlos patrimonios, sino flexibilizar dichos esquemas.

CUADRADO IGLESIAS²⁴¹ entiende que la persona con discapacidad es titular de dos patrimonios: el personal y el protegido. Es cierto, tal y como señala, que la Ley no lo deja claro, además si se tiene en cuenta que la misma no señala nada al respecto con relación a la responsabilidad por deudas, puede parecer que estemos ante un único patrimonio. No obstante, considera que a través de una interpretación finalista de la Ley, así como de la literalidad de artículos como el 1.1, párrafo segundo, o el art.5, se da a entender que existen dos patrimonios diferentes. Considera además, que si la persona con discapacidad es titular de dos patrimonios puede plantearse la existencia de relaciones entre ambos: “el legislador no la contempla, pero, al no excluirla, puede defenderse, siempre que quede suficientemente garantizada la integridad del patrimonio protegido”. Incluso prevé la posibilidad de que si el titular tiene capacidad de obrar suficiente, puede convertir su patrimonio personal o una parte de ella en su patrimonio protegido.

²⁴¹ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1137. Señala, en el caso de la conversión que “nunca podrá producir fraude de acreedores, ya que éstos no quedan privados de accionar contra la masa patrimonial protegida; mas, si la responsabilidad de esta masa no fuera universal y quedara limitada a las necesidades vitales del beneficiario, podría generarse fraude de acreedores del patrimonio personal”.

2. ¿Patrimonio de destino o patrimonio separado?

Una vez que hemos tomado la posición de entender el patrimonio protegido como un verdadero patrimonio, hay que determinar en que categoría clásica se puede incluir. La doctrina que considera el patrimonio protegido como un verdadero patrimonio está dividida al respecto. Hay quien lo considera como un patrimonio de destino, mientras que otros lo catalogan como un patrimonio separado. La dualidad de opiniones radica a nuestro parecer, en las diversas tipologías de patrimonios existentes, al no existir un criterio común de clasificación. Por lo tanto, hay quien habla de patrimonio separado al considerar al patrimonio protegido como un patrimonio de destino. De ahí, que optáramos por la denominación de patrimonios autónomos como todos aquellos patrimonios que son diferentes al patrimonio personal, con el fin de simplificar la cuestión.

En primer lugar, hay que señalar que el patrimonio protegido es un patrimonio autónomo. La primera consecuencia que se deriva de ello, es que por determinadas circunstancias la Ley, lo separa del régimen normal del patrimonio personal. Por tanto, la persona con discapacidad va a ser titular de dos masas patrimoniales diferentes. En este momento ya se presenta una de las características esenciales de los patrimonios autónomos, cual es su creación por ley. Ésta considera que para satisfacer las necesidades vitales, asistenciales, materiales, económicas o como queramos denominarlas de las personas con discapacidad, es necesario que exista un grupo de bienes y derechos para hacerlas efectivas. A pesar de que hay quien entiende que no es un patrimonio en cuanto tal²⁴², consideramos que de la literalidad de la ley sí se desprende la intención del legislador de constituir una masa patrimonial diferente al patrimonio personal. Por ejemplo, en la Exposición de Motivos se dice que *los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular*. Por tanto, de ahí podemos observar *prima facie* como coexisten dos patrimonios distintos bajo una misma titularidad.

En segundo lugar, si el legislador lo ha caracterizado como un patrimonio de destino (aunque este aspecto es criticable), quiere decir pues, que es un “patrimonio especial”, por tanto distinto del patrimonio general. En tercer lugar, podemos traer a

²⁴² MARTÍN ROMERO, J. C., *Del patrimonio y sus clases...*, *op.cit.*, pág. 134.

colación para argumentar la coexistencia de ambos patrimonios, el régimen de constitución del patrimonio protegido. Si el legislador no hubiera pretendido crear una masa diferente no hubiera regulado un régimen concreto de constitución, ya que todos los sujetos tienen un patrimonio en mayor o menor medida, que no se constituye formalmente sino que nace desde el mismo momento en que entra cualquier bien o derecho en el mismo, siempre que tenga valor económico. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el patrimonio protegido que posee unos requisitos de constitución. Por tanto, si se pretende constituir una masa patrimonial *ex novo*, es porque es distinta al patrimonio preexistente.

Por otro lado, el art. 6.2 señala que “*si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia*”. Si este patrimonio fuera el mismo que el patrimonio personal, este precepto sería innecesario ya que obviamente y por regla general éste es el que se transmite a los herederos. Sin embargo, el legislador está precisando y matizando que el patrimonio protegido también formará parte de la herencia junto con el patrimonio personal lo que indica separación de masas patrimoniales. Se requiere además un inventario de los bienes y derechos que lo componen en el momento de la constitución, por tanto esta exigencia denota una limitación de los bienes patrimoniales. Si se requiere inventario es porque existe una “separación” de “algo”, y ese “algo” es el patrimonio personal de la persona con discapacidad. De este modo a través del inventario quedan delimitados los dos ámbitos patrimoniales.

Dentro de los patrimonios autónomos, ya se observó que existían varios tipos: el patrimonio de destino, el patrimonio colectivo, el patrimonio con titular interino, y el patrimonio separado.

La práctica mayoría de la doctrina incluso la propia Ley señala el patrimonio protegido como un patrimonio de destino²⁴³. Este tipo de patrimonio según la concepción clásica implica que existen una serie de bienes cuya unidad se basa en el destino al que están sometidos los bienes, perdiendo “interés” por decirlo de algún modo la titularidad o el elemento subjetivo del mismo. MORETÓN SANZ²⁴⁴ lo cataloga como un patrimonio de

²⁴³ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, págs.378 y 379.

²⁴⁴ MORETÓN SANZ, M.F., *Protección civil de la discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 77.

destino, rechazando la consideración de patrimonio separado “por la falta de previsión legal sobre las deudas y obligaciones que, en su caso, genere esta masa patrimonial, y la ausencia de un régimen especial que singularice su responsabilidad sobre el patrimonio ordinario del beneficiario titular”.

El nacimiento del patrimonio de destino viene condicionado a cumplir un fin o una función específica, en nuestro caso como se ha reiterado en varias ocasiones, a ayudar a la persona con discapacidad a hacer frente a sus necesidades futuras. Pero no podemos olvidar que surge para proteger a un colectivo concreto, las personas con discapacidad que cumplan los requisitos de la LPPPD, por tanto, es esencial la titularidad del patrimonio protegido, porque se constituye para beneficiar a unas personas específicas y determinadas. El elemento personal, concretamente el beneficiario adquiere una relevancia de primer orden, circunstancia que no se da, en la fundación por ejemplo. A pesar de que la misma pueda constituirse para beneficiar a las personas con discapacidad, pierde relevancia la titularidad frente el destino que han de darse a los bienes. Son personas indeterminadas y que no están identificadas, cosa que sí ocurre en el patrimonio protegido.

La Ley incluso habla de afectación de los bienes, por tanto, podría defenderse la tesis de que el patrimonio protegido es un patrimonio adscrito a un fin. Anteriormente se ha señalado que el caso típico de este tipo de patrimonio son las fundaciones, pero se ha apuntado que las separa un elemento fundamental que es la personalidad jurídica.

LÓPEZ BURNIOL²⁴⁵ señala que el patrimonio protegido se aproxima en cuanto a su naturaleza jurídica a la disposición modal, ya que se vinculan temporalmente unos bienes a satisfacer las necesidades de una persona determinada. Disposición modal, que a su vez, se aproxima al fideicomiso.

Por su parte el patrimonio separado, como se vio anteriormente, es aquel patrimonio que convive con el patrimonio personal, y que el Derecho entiende que por

²⁴⁵ LÓPEZ BURNIOL, J.J., *La protección patrimonial...*, *op.cit.*, págs. 444 y 445. Por otro lado, señala que tampoco es un patrimonio fiduciario, ya que éste es un patrimonio destinado a una determinada finalidad, que no posee personalidad jurídica, ni titular. El patrimonio protegido por su parte, está destinado a una finalidad, no posee personalidad jurídica, pero sin embargo sí posee titular, que en este caso es el beneficiario.

determinadas circunstancias no debe integrarse en él. El fundamento de la “separación”, como se vio en el capítulo anterior no responde a un único criterio. Por un lado puede venir condicionada por la responsabilidad por deudas, es decir limitando las mismas a la masa patrimonial de la que se derivan. Sin embargo, hay autores que consideran que la escisión pueden venir motivada no sólo por la responsabilidad patrimonial, sino también por poseer un régimen de administración y gestión específicos. Ésta es la postura de los profesores DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS²⁴⁶. En similares términos se pronuncia DE LOS MOZOS²⁴⁷ al considerar que no es necesaria la incomunicación de las deudas para que exista patrimonio separado, ya que puede existirlo aunque la separación no llegue a ser absoluta.

Siguiendo esta última línea doctrinal, a nuestro parecer el patrimonio protegido es un patrimonio separado ya que está afecto a un régimen de administración y gestión concreto, distinto al del patrimonio personal, además de ser el que mejor encaja en los diferentes subtipos de patrimonios autónomos. Por su parte PÉREZ JIMÉNEZ²⁴⁸ entiende que los “patrimonios separados obedecen a un fin suficientemente relevante desde el punto de vista jurídico como para aislar unos bienes dentro del patrimonio personal, fin que debe incrustarse en la esencia misma de los bienes hasta imponer una determinada actividad, o una trayectoria concreta de la que no se pueden desviar”. En el caso del patrimonio protegido esta circunstancia se manifiesta plenamente. La separación vendría condicionada por la necesidad de que los bienes que se disgregan del patrimonio personal sirvan para satisfacer los intereses vitales de la persona con discapacidad, para evitar que en un futuro no pueda quedarse desamparada económicamente.

En consecuencia la persona con discapacidad será titular de dos patrimonios: el patrimonio personal y el patrimonio protegido configurado como un patrimonio separado por su régimen de administración y gestión, en la que resalta su función que es la de servir a las necesidades vitales de la persona. Si bien es cierto, que el patrimonio personal

²⁴⁶ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág. 394.

²⁴⁷ DE LOS MOZOS, J.L., *Aproximación a una teoría general...*, op.cit., pág. 607.

²⁴⁸ 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”, *AC*, nº. 21, quincena de diciembre, 2004, pág. 2550.

sirve para satisfacer los intereses de la persona cualesquiera que sean, en el patrimonio protegido los mismos se circunscriben a un ámbito más restringido que son las necesidades vitales. Y esto es importante para defender que el patrimonio protegido únicamente debe responder de las deudas que se originan en él, por tanto y como a continuación se analizará, la responsabilidad de las deudas del titular de los patrimonios ha de estar limitada al patrimonio donde se originan las mismas. La ley habla de “patrimonio especialmente protegido”, y por tanto esa especial protección debe manifestarse frente las deudas de los acreedores del patrimonio personal.

2.1. Consideraciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica del patrimonio protegido

Es unánime el sentir de la doctrina, la cual entiende que la deficiencia técnica de la Ley ha hecho perder una gran oportunidad al legislador para establecer la limitación de responsabilidad del patrimonio protegido. Las causas que se atribuyen a este defecto, parten de considerar por un lado que el legislador no tenía muy claro cómo construir la figura del patrimonio protegido, y por otro lado por intentar establecer una figura similar al *trust* anglosajón.

LÓPEZ- GALIACHO PERONA²⁴⁹ manifiesta que esa separación de los patrimonios es teórica únicamente, ya que no le sustrae del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 Cc. LUNA SERRANO²⁵⁰ señala que el aislamiento protector que dispone la Ley “se limita a someter a dichos bienes a un régimen de administración y supervisión específico, puesto que no se dispone la incontaminación entre el patrimonio personal de carácter general y un patrimonio autónomo de la persona en el sentido de que las deudas del primero no repercutan sobre el segundo, incontaminación que se da, en

²⁴⁹ LÓPEZ- GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, op.cit. pág. 178.

²⁵⁰ LUNA SERRANO, A., “El patrimonio protegido del discapacitado”, *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional, coord. SERRANO GARCÍA, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág.101. Señala que “repárese en que además, en nuestro caso, la apreciación de ser los bienes a embargar imprescindibles para la digna subsistencia del discapacitado no habría de confiarse al prudencial arbitrio del juez, puesto que la imprescindibilidad de los bienes en cuanto aplicados a satisfacer una necesidad vital está afirmada por el propio legislador no sólo en el preámbulo de la ley sino en el art. 1.1 de la misma”. *Op.cit...*, pág. 102.

cambio, entre el patrimonio personal del heredero y el que se acepta a beneficio de inventario”. El mismo autor señala que el legislador no se ha atrevido a declarar dicha masa inembargable por los acreedores del titular, aunque quede adscrita a satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

PÉREZ JIMÉNEZ²⁵¹ considera que los patrimonios protegidos han de incluirse dentro de la categoría de patrimonio separado, “que despliegan todo su campo de actuación desde el punto de vista del objeto, pero sin que tal consideración objetiva acarree la absoluta separación del patrimonio personal en el que están inmersos, sino que dado el fin que están llamados a cumplir, hace que el mismo cobre una relevancia jurídica de tal magnitud que aparentemente se nos presente como un conjunto de bienes, que o bien se desgaja de su titular o bien merma las facultades normales correspondientes al mismo”.

PEREÑA VICENTE²⁵² defiende también la consideración del patrimonio protegido como un patrimonio separado, sin embargo considera que al no introducir la Ley ningún precepto que regule el tema de la responsabilidad por deudas, las que se generen en el ámbito del patrimonio separado podrán hacerse efectivas contra todos los bienes de la persona con discapacidad, y a la inversa, las generadas en el patrimonio personal podrán satisfacerse con los bienes y derechos del patrimonio protegido. Una cosa es que sea un patrimonio separado y otra que tenga limitada la responsabilidad por deudas.

Por otro lado DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ²⁵³ manifiesta que la finalidad de la Ley no queda garantizada al no haberse dispuesto una separación radical del patrimonio protegido y del patrimonio personal de la persona con discapacidad, “no pueden impedirse actos de disposición sobre los bienes que componen el mismo por parte del beneficiario-con o sin la capacidad adecuada para ello- o por parte del administrador que contravengan el destino previsto inicialmente por la norma, ni puede impedirse que los acreedores del sujeto se dirijan contra bienes que integran el patrimonio protegido”.

²⁵¹ PÉREZ JIMÉNEZ, M.T., *Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, ..., op.cit.*, pág. 2545.

²⁵² VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces..., op.cit.*, pág. 50 y ss.

²⁵³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato..., op.cit.*, pág. 52.

Es cierto que la Ley no contiene ningún artículo relativo a las deudas del patrimonio, sin embargo sí se establecieron dos enmiendas a la LPPPD por parte del Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo de Convergència i Unió²⁵⁴. La idea previa a la promulgación de la Ley, sí era la de limitar las deudas de ambos patrimonios, por tanto podemos deducir que de los debates parlamentarios se extrae la afirmación de que el patrimonio personal y el patrimonio protegido eran dos masas patrimoniales diferentes, no obstante no se aprobaron las enmiendas que establecían la limitación de responsabilidad. A nuestro juicio, esta negativa a la aprobación vino motivada por el miedo a establecer una nueva excepción al art. 1.911 del Cc. Sin embargo, el haber aprobado dichas enmiendas hubiera supuesto un avance muy importante para la protección de las personas con discapacidad. Esto nos lleva a analizar las bases de este precepto tan importante en nuestro Derecho para determinar, cómo puede conjugarse el principio de responsabilidad patrimonial universal con los intereses de las personas con discapacidad.

3. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad y la responsabilidad universal patrimonial

Prácticamente la unanimidad de la doctrina entiende que entre el patrimonio protegido y el patrimonio personal de la persona con discapacidad existe confusión de responsabilidades. Los argumentos que se esgrimen con base en la LPPPD, son dos: el primero es que la ley expresamente reconoce que el patrimonio protegido no tiene personalidad jurídica. Y el segundo de los motivos, es que en ningún apartado de la norma se señala que el patrimonio protegido responde únicamente de sus propias deudas, y para que hubiera separación de responsabilidades debería de haberlo dispuesto de forma expresa. La cuestión de la personalidad jurídica ya se ha tratado, en el apartado de las características del patrimonio protegido, por lo que ahora hay que analizar el segundo de los argumentos.

²⁵⁴ En el debate de las enmiendas llevado a cabo el 16 de septiembre de 2003, y publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, pág.25489, el Grupo Parlamentario catalán dejó claro que lo que se pretendía con la limitación de la responsabilidad era evitar que “ese patrimonio jurídico protegido quedaría al albur de cualquier iniciativa que se tuviese frente a la existencia de ese patrimonio, por lo que podría dejar vacío ese patrimonio”.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO²⁵⁵ señala que “esta excepcionalidad se justifica en atención a la preocupación del legislador por mantener en su plenitud la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en el art. 1.911 del Código Civil, que podría verse vulnerado al permitir deslindar en el patrimonio del posible deudor una masa de bienes inmune a la acción de los acreedores”.

La pregunta que hay que hacerse en este momento y que se intentará contestar al final del análisis es la siguiente: ¿en la actualidad, qué intereses han de primar: el de la persona con discapacidad o el de sus posibles acreedores?. Esta cuestión tan compleja, basándonos en el artículo 1.911 del Cc, ha de resolverse en favor de los acreedores. Sin embargo esta solución deberá ser matizada. En nuestro Ordenamiento Jurídico hay claras muestras de colisión de intereses, por ejemplo en el caso de menores y sus familias, solucionados con el principio de *favor filii*, o interés superior del menor. Ello implica que en el caso de que estén en juego los intereses de ambas partes, hay que adoptar la medida que proteja al menor sobre el resto de intereses. En el caso de contratos con cláusulas abusivas celebrados con consumidores, el art. 6.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación²⁵⁶ señala que: “*Las dudas de la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente*”. Por otro lado, el art. 65 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias²⁵⁷, dispone que: “*Los contratos con consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*”.

Como se ha visto el Ordenamiento Jurídico, considera que hay que proteger en estos casos a la parte “débil”. El problema que se suscita en la cuestión que estamos analizando es diferente. La colisión no se produce entre dos partes situadas en un plano de igualdad, sino que se enfrenta una con unas características específicas que la hace estar en una posición menos favorable que el resto de ciudadanos, y por otro lado un principio

²⁵⁵ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores”, Madrid, Informes Portal Mayores, nº 42, 01/11/2005, www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/perez-proteccion-01.pdf, pág. 5.

²⁵⁶ BOE de 14 de abril de 1998, núm.89.

²⁵⁷ BOE de 30 de noviembre de 2007, núm. 287.

esencial de Derecho Patrimonial asentado desde 1889 como es el de que las deudas deben ser satisfechas siempre. Por tanto, hemos de dilucidar en el caso del patrimonio protegido, si éste responde únicamente de las deudas que se generan a su cargo, o si por el contrario, los acreedores de la persona con discapacidad, podrán dirigirse contra cualquiera de las dos masas patrimoniales para hacer efectivos sus créditos. Para dar respuesta a este problema creo que es preciso analizar previamente, aunque sea en líneas generales y antes de entrar al *quid* de la cuestión, la responsabilidad patrimonial del art. 1.911 Cc.²⁵⁸

3.1. La responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 Cc: ¿es necesaria su flexibilización?

El deudor ha de responder del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes, ya sean presentes o futuros. El art. 1.911 Cc es la piedra angular del derecho patrimonial. DIEZ PICAZO²⁵⁹ señala que “la idea de obligación se encuentra formada por la confluencia de dos elementos distintos: el deber o deuda como necesaria adopción de un comportamiento y la responsabilidad como situación de sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores”.

²⁵⁸ En este sentido, hay que destacar que resultan paradójicas las enmiendas que se presentaron por lo correspondientes grupos parlamentarios, en la tramitación de la LPPPD y de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, por lo que respecta a la separación de responsabilidades. En el año de promulgación de la LPPPD los partidos que estaban en la oposición, establecieron como vimos en su momento las correspondientes enmiendas con el fin de que se reformara la Ley y así conseguir una separación absoluta entre masas patrimoniales. Seis años después de la LPPPD y estando en el Gobierno uno de esos partidos que establecieron la enmienda de la responsabilidad patrimonial, ha rechazado esa misma enmienda (introducida ahora en la Ley 1/2009), que ellos pretendían incluir en la ley. La enmienda a esta Ley (la núm. 10, publicada en el BOCG de 13 de octubre de 2008, Serie A, núm. 5-5) pretendía modificar el art. 2, añadiendo un nuevo apartado cinco, el cual disponía: “Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Existe responsabilidad entre las obligaciones derivadas del patrimonio personal y las del patrimonio protegido que incluya dichos bienes y derechos.” La justificación que se daba a la enmienda era la siguiente: “La Ley actual no recoge de forma expresa la limitación de la responsabilidad que debe existir entre las deudas de los bienes y derechos del beneficiario y las que recaen sobre los bienes y derechos aportados a su patrimonio. Podría interpretarse que si resulta alguna deuda del beneficiario que proceda de bienes que no han sido aportados, sin embargo, el patrimonio protegido podría quedar injustamente perjudicado por este motivo”.

²⁵⁹ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 123.

FAIRÉN²⁶⁰ define la responsabilidad patrimonial como “la garantía que a favor de los acreedores dibuja el derecho, disponiendo la sujeción a su poder de agresión de todas las disponibilidades actuales y futuras del deudor”. Por tanto, todos los bienes que tenga el deudor en el presente, y todos aquéllos que pueda tener en el futuro, quedarán sujetos al poder de agresión del acreedor.

Dos son las características esenciales que se desprenden de este precepto: la primera de ellas, es que el deudor responde de las deudas únicamente con los bienes, y no con la privación de libertad. En un Estado como el actual, a la persona deudora se le “castiga” por decirlo de algún modo con el embargo de sus bienes. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. En la Roma clásica, el Derecho castigaba a los deudores convirtiéndose en esclavos de sus acreedores quedando a su merced. Incluso se les castigaba con la muerte. Esto cambia sin embargo, con la denominada *Lex Poetelia*²⁶¹, mediante la cual el acreedor únicamente podía dirigirse frente los bienes patrimoniales del deudor, y no frente su persona. La segunda de las características es la universalidad, o lo que es lo mismo la responsabilidad con todos sus bienes tanto actuales como futuros.

Se señala que la responsabilidad patrimonial universal posee una doble función: respecto al deudor, estimula el cumplimiento voluntario, mientras que para el acreedor es una garantía del cobro de sus créditos. La primera de las funciones, implica una advertencia al deudor de que sus bienes quedan afectos a la satisfacción de las obligaciones que él asuma, mientras que la segunda implica que la satisfacción de sus créditos se procurará a costa de cualquier bien del deudor²⁶².

La Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo, se han pronunciado en diversas ocasiones en torno a la responsabilidad universal patrimonial.

²⁶⁰ FAIRÉN, M., *Patrimonio y responsabilidad patrimonial...*, op.cit., pág. 299.

²⁶¹ La *Lex Poetelia Papiria* fue una ley que data del año 236 a.C, que sustituye la responsabilidad personal del deudor por una responsabilidad patrimonial.

²⁶² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil*, vol. II, coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Colex, Madrid, 1998, pág. 76.

Por lo que respecta a las funciones de la responsabilidad del 1911 Cc, la Resolución de 22 de febrero de 1989²⁶³ señala que: “*la responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico*”.

No obstante, DIEZ PICAZO²⁶⁴ resalta que la función de garantía del patrimonio para los acreedores hay que entenderla en otro sentido. No hay que basarla en un derecho de garantía “bajo la figura jurídica de un derecho genérico de prenda o de otro especial de derecho real. La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir”. Como señala, lo importante es que el deudor sea solvente, o que en su patrimonio haya bienes para poder satisfacer los créditos de los acreedores.

En otro término DORAL GARCÍA²⁶⁵ señala que el art.1911 contiene las notas del patrimonio personal. En primer lugar, el carácter general, porque habla de deudor sin apelativos, en segundo lugar su extensión total, porque responde con todos sus bienes, presentes y los futuros. El patrimonio personal implica la subrogación real, el carácter unitario y el carácter personal, ya que se embargarán los bienes que realmente posea y que tenga en su patrimonio en ese momento.

²⁶³ RJ 1989\1696.

²⁶⁴ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág. 126. Señala que “la idea de un derecho general de prenda o de garantía de los acreedores sobre el patrimonio del deudor no parece que pueda ser admitida. La primera objeción que debe hacerse a semejante modo de pensar –como ya vimos anteriormente– es la imposibilidad de construir un derecho subjetivo autónomo que tenga por objeto el entero patrimonio de la persona. En segundo lugar, cabe señalar que la idea de garantía alude a un especial refuerzo que puede añadirse a algunos créditos, por lo cual mal puede hablarse de garantía para aludir a algo que por hipótesis es común a todos los acreedores”.

²⁶⁵ DORAL GARCÍA, J.A., *El patrimonio como instrumento...*, *op.cit.*, pág.1282.

DÉ ÁNGEL YÁGÜEZ²⁶⁶ manifiesta que la responsabilidad universal patrimonial que consagra dicho artículo es o “constituye el remedio último o *in extremis* con el que cuenta el acreedor, en tanto el cumplimiento específico no se haya alcanzado”. Además, crítica la redacción del artículo, con base a dicho argumento ya que entiende que en vez de decir “del cumplimiento”, debería decir “incumplimiento.”

La derivación o manifestación de la responsabilidad patrimonial universal, es la denominada ejecución forzosa de la obligación, siempre a través de la autoridad judicial, regulada en los arts. 517 y siguientes de la LEC. La ejecución forzosa es una garantía para el acreedor, en el sentido de que podrá dirigirse para satisfacer sus créditos frente los bienes del deudor, mediante un procedimiento judicial, por lo que se refuerza el poder del acreedor sabiendo que va a poder cobrar sus créditos, ya que la propia Ley así lo dispone. Sin embargo, también es una garantía para el deudor porque el acreedor no podrá ir arbitrariamente a por los bienes y derechos del mismo, sino que ha de discurrir por los cauces previstos legalmente.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 1.911. Por ejemplo, la STS de 29 de noviembre de 1962 señala que: *“Para tutelar debidamente el cumplimiento de las obligaciones, consagra el Derecho el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor, con arreglo al cual el patrimonio de éste constituye la garantía genérica del derecho de crédito cuando la prestación debida no es espontáneamente realizada, garantía o responsabilidad que se extiende a todos los bienes, presentes y futuros, del deudor; pero esta responsabilidad patrimonial-que no recae sobre bienes determinados ni constituye una garantía real- no afecta ni comprende a los bienes que en el momento de la reclamación del acreedor no estén en el patrimonio del deudor, si bien el art. 1.111 del CC concede a aquél acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que hayan sido enajenados fraudulentamente (acción pauliana o revocatoria) y para que entren en dicho patrimonio aquellos derechos que el deudor se abstenga de ejercitar (acción subrogatoria), pues la realización coactiva del derecho del acreedor sólo puede hacerse efectiva sobre los bienes que el*

²⁶⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1.911”, *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 191.

deudor posea en tal instante o sobre los que, por el ejercicio de las medidas conservativas de su patrimonio, se incorporen a éste...”.

Por otro lado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984²⁶⁷, considera que: *“conforme el básico art. 1911 del C.Civ (...), afectación que no sólo se manifiesta en trance de ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor cuando el mismo incumple las obligaciones sino que significa también que dicho patrimonio responde directamente del cumplimiento y de ahí el interés de mantenerlo indemne; y a esa finalidad se atiende, aparte otros medios, mediante las acciones del art. 1111 del C.Civ., que si coinciden en tener una misma ratio que paralelamente se manifiesta en algunos aspectos y principalmente en el de ofrecer un común carácter subsidiario, conforme al cual se exige con anterioridad a su ejercicio haber perseguido, los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto a los acreedores se les debe y que se reitera en el art. 1294 prohibitivo de que no se ejercite sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, con todo, se distinguen por estar sujetas a regímenes distintos”.*

Como se ha dicho, el 1.911 Cc implica una responsabilidad universal, es decir, abarca todos los bienes que hay y que habrá en el patrimonio. Sin embargo, por Ley se puede establecer que una serie de derechos queden excluidos de esa responsabilidad, es el caso de los bienes inembargables. Incluso puede limitarse la responsabilidad del deudor, determinando que únicamente una serie de bienes respondan exclusivamente de las deudas. Se configuran como limitaciones o excepciones al artículo 1.911, por tanto no es un precepto absoluto que no pueda aceptar modulaciones. Estas limitaciones pueden ser el caso de los patrimonios separados en los que no existe confusión de responsabilidades con el patrimonio general, como por ejemplo la herencia aceptada a beneficio de inventario, incluso sobre determinados bienes como el artículo 140 de la Ley Hipotecaria que señala: *“No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.*

²⁶⁷ RJ 1984\1216.

En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121". No obstante, es requisito indispensable que esa limitación se haga de forma expresa por una ley.

La DGRN señala a este respecto en la Resolución de 18 de marzo de 2004²⁶⁸ que: *"como ya estableció este Centro Directivo en Resolución de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1696), que las prohibiciones de disponer (y la prevista en el artículo 19 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento sin duda lo es) constituyen una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, en el que se proclama un principio básico de la organización jurídica vigente. Y este principio, junto al de jerarquía normativa implica que es competencia exclusiva de la Ley el establecimiento de todo supuesto de excepción, que además debe ser objeto de interpretación estricta.*

Por la propia naturaleza y trascendencia del precepto, las excepciones al citado artículo 1911 del Código Civil deben establecerse de modo puntual y preciso, sin que pueda admitirse una autorización genérica a la voluntad privada para establecer cuantas excepciones convengan a cada situación particular, ya que ello desvirtuaría el alcance del principio de responsabilidad patrimonial universal".

Por otro lado por lo que respecta a las limitaciones dispositivas relativas a la responsabilidad patrimonial, la STS de 10 de febrero de 1993 dice que: *"El básico principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el art. 1.911, comprende todos sus bienes, como regla general, y los requisitos que, como sucede en este caso, puedan exigirse para la disposición sobre los mismos, no significan exclusión absoluta de aquellos que se vean afectados por la limitación dispositiva, sino únicamente que habrán de cumplirse para hacer efectivas sobre tales bienes las responsabilidades contraídas".*

²⁶⁸ RJ 2004\2390.

De lo visto hasta el momento la conclusión que se extrae es que las deudas han de ser satisfechas siempre, y que únicamente por Ley en determinadas circunstancias puede limitarse la responsabilidad sobre determinados bienes o patrimonios. No obstante, hemos de matizar que nuestro Código Civil data de 1889, es decir está vigente desde hace más de un siglo, y sin embargo ha sido lo suficientemente avanzado para resolver la mayoría de los problemas jurídicos que requerían solución. A medida que ha ido evolucionando la sociedad y ha sido necesaria una regulación distinta a la contenida en él, porque no se adaptaba a las circunstancias sociales, ha sido modificado.

El artículo 1911 fue redactado en un momento en que las necesidades de la sociedad no eran las mismas que las actuales. El sistema económico no era ni mucho menos el que está vigente en nuestra sociedad actual. El desarrollo del capitalismo económico, la innovación tecnológica, la industrialización, entre otros factores han permitido que las familias tengan un nivel de vida superior al del siglo XIX, y que sus necesidades materiales no sean las mismas que las de entonces. Esto implica la obtención de unos ingresos económicos por parte de las familias muy superiores a los que poseían hace años, pero también a un mayor endeudamiento de las mismas. Este sobreendeudamiento puede deberse a diferentes factores, como una mala gestión de los ingresos y los gastos. Pero también puede depender de circunstancias adversas y ajenas a la voluntad de las familias que actúan de buena fe, como puede ser el caso del ciclo económico.

En estos casos, en los que los deudores son personas que han actuado de buena fe, ¿han de primar los intereses de los acreedores?. Obviamente éstos han de tenerse en cuenta, y hay que intentar salvaguardarlos, sin embargo en ocasiones no podrán ver satisfechos sus créditos por las circunstancias adversas que sufren las familias. Con el artículo 1911 en la mano, los intereses que priman son los de los acreedores, pero en los tiempos en que vivimos consideramos que es necesario flexibilizar este precepto. Y la situación de las personas con discapacidad creo que es un buen argumento para llevar a cabo esa flexibilización del precepto.

No se puede alegar que el artículo 1.911 es inamovible e inalterable, porque ya hemos visto que el Ordenamiento Jurídico reconoce excepciones a este precepto. No es

una cuestión de establecer excepciones discrecionales, y sin ningún tipo de fundamentación jurídica, pero a nuestro parecer el salvaguardar los intereses de personas con dificultades económicas derivadas de los impedimentos que le establece la sociedad, es una causa suficientemente válida para establecer como excepción al artículo 1.911 la limitación de responsabilidad del patrimonio protegido.

3.2. El problema de la responsabilidad en el patrimonio protegido

Por lo que respecta al tema de la responsabilidad del patrimonio protegido y el patrimonio general de la persona con discapacidad, si leemos con detenimiento la norma se observa cómo no se pronuncia al respecto. No obstante, de la propia finalidad de la LPPPD se puede inferir que no debería existir comunicación de responsabilidades porque se está intentando salvaguardar las necesidades mínimas o básicas de las personas con discapacidad.

Sin embargo, al intentar aplicar este criterio nos encontramos con un obstáculo insalvable, y es que expresamente la Ley no se pronuncia al respecto, y para que existiera limitación de responsabilidades, que se requería o bien que la masa patrimonial tuviera personalidad jurídica, requisito que hemos visto que no se cumple, o que expresamente una ley así lo reconociera, circunstancia que tampoco se da al respecto. Obviamente es necesario que se exprese de forma clara y sin imprecisiones, ya que entran en juego principios de base muy importantes en nuestro Ordenamiento Jurídico como es el de la seguridad jurídica, el pago de las deudas, la prohibición del enriquecimiento injusto, etc.

Consideramos que el problema que subyace, ya no es tanto el establecer una barrera de contención de las deudas entre patrimonios por señalarlo gráficamente, con el fin de salvaguardar los intereses de las personas con discapacidad, sino el hecho de que sean los propios administradores del patrimonio protegido, o terceras personas que guarden relación directa con la persona con discapacidad, los que pudieran utilizar la vía del patrimonio protegido para violar los derechos de los acreedores. A nuestro juicio el régimen de control y supervisión que posee el patrimonio protegido no es suficiente, sin

embargo si se reforzara este aspecto se podría establecer un patrimonio separado de forma absoluta sin perjudicar los intereses de los acreedores.

También hay que tener en cuenta que en la mayoría de ocasiones, cuando nazca una relación jurídica entre la persona con discapacidad y un tercero, éste sabrá de antemano que está relacionándose con una persona con discapacidad. Por ejemplo, si se celebra un contrato de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario que en este caso es una persona que tiene una tetraplejía, obviamente el arrendador sabe que es una persona con discapacidad, y por tanto que puede tener más problemas a la hora de encontrar un trabajo que una persona que no la posea, circunstancia que puede repercutir en su solvencia económica. En casos que no sean una persona con discapacidad física, normalmente será el administrador o el tutor, el que actúe en nombre de la persona con discapacidad por tanto deberá quedar acreditado que existe una relación jurídica u obligacional con la misma, a no ser que los representantes actúen de mala fe, y escondan dicha circunstancia al tercero de buena fe.

Con ello no pretendemos decir que las personas con discapacidad no pueden intervenir en el tráfico jurídico realizando negocios jurídicos ni mucho menos, sino que tienen por decirlo de algún modo problemas añadidos a la hora de integrarse laboralmente por circunstancias ajenas a su voluntad, lo que implica como consecuencia lógica que posean más dificultades para obtener un patrimonio. Para poder proteger a las personas con discapacidad y que sus escasos recursos económicos no se vean afectados por los intereses de los acreedores, no creo conveniente que se ataque el escaso patrimonio que pueden tener, porque el tercero que *verbi gratia* realiza un contrato con el titular del patrimonio protegido, sabe que el riesgo que posee una persona con discapacidad de ser insolvente es de mayor entidad, que el que puede tener una persona que no la posea.

La LPPPD habla de patrimonio especialmente protegido, circunstancia que ya hemos reiterado anteriormente al ir introduciendo el tema de la responsabilidad patrimonial. Aunque la Ley no lo disponga expresamente esa “protección especial” creemos que debe referirse a las reclamaciones de los acreedores del patrimonio personal, porque de otro modo no tiene sentido que se configure una nueva forma patrimonial, estableciendo al respecto un régimen jurídico complejo y destinado exclusivamente a

satisfacer sus necesidades vitales, cuando por ejemplo esto mismo puede conseguirse de igual modo a través de otras figuras legales, o realizando aportaciones periódicas a una cuenta de ahorros cuyo titular sea la persona con discapacidad.

Por lo que respecta a la titularidad patrimonial del beneficiario y la responsabilidad del art. 1911 se pueden presentar tres opciones distintas:

a) Considerar que los acreedores de la persona con discapacidad pueden satisfacer sus créditos ante cualquiera de los dos patrimonios de forma indistinta. Es decir, estableciendo un régimen de solidaridad entre el patrimonio personal y el protegido y por tanto el acreedor al intentar satisfacer su crédito puede acudir ante cualquiera de los dos patrimonios, sin diferenciar el nacimiento de la deuda.

b) Entender que existe una responsabilidad subsidiaria entre patrimonios, por tanto si la deuda nace del patrimonio personal intentar satisfacerla frente a esa masa de bienes, y en caso de que no pueda hacerse efectiva, por ejemplo por no tener bienes, acudir al patrimonio protegido para satisfacerla. Y a la inversa. Como vemos en el primer caso, estamos ante una responsabilidad solidaria, mientras que en el segundo caso es una responsabilidad subsidiaria.

c) La tercera de las vías es la de entender que no existe confusión de responsabilidades, y por tanto, las deudas únicamente pueden satisfacerse con cargo al patrimonio del que se ha derivado, y no frente al otro.

Si analizamos las tres opciones observamos como las dos primeras benefician al acreedor, primando sus intereses frente a los de la persona con discapacidad. En el tercer supuesto son los intereses de la persona con discapacidad los que se superponen a los acreedores. La solución adecuada sería adoptar un mecanismo que satisfaga los intereses de ambas partes, lo que en la mayoría de casos va a resultar muy difícil²⁶⁹.

²⁶⁹ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 30 señala al respecto que el “que no exista separación absoluta en el plano de la responsabilidad patrimonial, entre el patrimonio personal y el PPD no significa sin más que exista absoluta comunicación por deudas, sino tratamiento diferenciado de ellas, unas veces excluyendo, otras postergando deudas.”

3.2.a) Responsabilidad solidaria de los patrimonios

La responsabilidad solidaria de los patrimonios de la persona con discapacidad, va a significar que cualquier deuda que se origina va a ser satisfecha ante cualquiera de los dos patrimonios. Por ejemplo, imaginemos que la persona titular de los patrimonios como consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente de tráfico posee una parálisis que le afecta a la mayor parte del cuerpo, por tanto está impedido para realizar las actividades de la vida diaria. Por este motivo ha de pagar a la persona que le ayuda a realizar estas actividades cotidianas. En este caso al ser la responsabilidad solidaria entre patrimonios, el pago del sueldo podría hacerse con cargo al patrimonio protegido o al patrimonio personal indistintamente.

Hay que matizar que las únicas deudas que podrán satisfacerse con cargo a los patrimonios de la persona con discapacidad, son las deudas generadas o derivadas de los mismos para satisfacer sus necesidades, incluyendo por ejemplo si existe la retribución al administrador del patrimonio protegido. Lo que no podrá satisfacer nunca son las deudas personales que tenga el administrador que no sea la propia persona con discapacidad con cargo a los patrimonios del beneficiario. Esto es obvio, ya que en caso contrario el administrador estaría actuando de mala fe, causando un perjuicio económico no sólo a la persona con discapacidad, sino a terceros de buena fe.²⁷⁰

Los acreedores personales del constituyente o del aportante, no podrían dirigirse contra el patrimonio protegido por ser el titular de los bienes la persona con discapacidad. Sin embargo, habría que determinar en qué momento se hizo la constitución o la aportación al patrimonio protegido. Si se hace una vez que se ha contraído la deuda, lo más seguro es que se haga para perjudicar a los acreedores, por tanto tendrán la oportunidad de ejercitar las acciones correspondientes para no ver perjudicados sus créditos. Si la aportación o la constitución se hizo mucho antes de se contraiga la deuda, obviamente los acreedores no podrán dirigirse contra el patrimonio protegido.

²⁷⁰ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 31, así lo dispone matizando que “el administrador asume una responsabilidad personal y universal con su propio patrimonio, semejante a la que asumen los padres en el ejercicio de la patria potestad (artículo 168 del Código Civil) o los tutores en el ejercicio de la tutela (artículos 270, 285 y 1104 del mismo cuerpo legal).”

En este caso, los intereses que prevalecen serán los de los acreedores, que tendrán más posibilidades de ver satisfechos sus créditos al poder dirigirse indistintamente ante cualquiera de las masas patrimoniales. Este régimen de responsabilidad se derivaría de la línea doctrinal que considera que el patrimonio protegido no es un patrimonio como tal, sino un conjunto de bienes con un régimen especial, pero que no se escinde del patrimonio personal de la persona con discapacidad.

3.2.b) Responsabilidad subsidiaria de los patrimonios

Si configuramos la responsabilidad de los patrimonios como subsidiaria la cuestión es parcialmente diferente. En este caso la deuda ha de satisfacerse con cargo al patrimonio que se ha generado y únicamente si no es posible liquidarla con cargo a éste, el acreedor podrá solicitar que se haga efectiva con cargo al otro patrimonio²⁷¹.

Por ejemplo, en el caso visto anteriormente, la retribución del sujeto que asiste a la persona con discapacidad al ser una necesidad vital debería satisfacerse con cargo al patrimonio protegido. Pero en el momento que ha de hacerse efectivo el pago, por determinadas circunstancias no existen bienes con los que pagar. Pues bien, al no quedar bienes en el patrimonio protegido, será el patrimonio personal el que deba satisfacer la deuda. Es decir que en primer lugar habría que intentar liquidar la deuda con cargo al patrimonio que se ha generado, y sólo en el caso de este patrimonio no pueda, subsidiariamente respondería el otro patrimonio.

En este sentido, la subsidiariedad también se configura como una garantía de los acreedores, ya que tienen por decirlo de algún modo una doble vía para poder cobrar su crédito. Lo que puede ocurrir, es que si por ejemplo el tutor de la persona con discapacidad contrajo una deuda a cargo del patrimonio personal y no hay bienes suficientes en el mismo para satisfacerla, los acreedores podrán resarcirse a cargo del

²⁷¹ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, op.cit., pág. 30, estructura el régimen de responsabilidad del patrimonio mediante este esquema en los siguientes términos: “de las deudas y responsabilidades contraídas en la gestión, administración y explotación del Patrimonio Protegido del Discapacitado responde primero este patrimonio separado y, subsidiariamente el Patrimonio General, sin perjuicio del derecho de reintegro en cualquier momento posterior, y siempre al tiempo de extinguirse el Patrimonio Protegido si los bienes no se confunden con su Patrimonio General”.

patrimonio protegido. En caso de que fuera un patrimonio de ahorro, a la persona con discapacidad igual no le provocaría un perjuicio considerable, pero sí se constituyó un patrimonio de gasto, el menoscabo que puede sufrir la persona con discapacidad puede ser de una magnitud importante.

Esta es la opción que suelen defender algunos autores que han tratado el tema. SEDA HERMOSÍN²⁷² analiza el tema de la responsabilidad subsidiaria de forma minuciosa. En primer lugar señala que de las deudas y responsabilidades que se originan como consecuencia de la gestión, administración y explotación del patrimonio protegido ha de responder primero éste, y subsidiariamente el patrimonio personal, sin perjuicio del derecho de reintegro que pueda existir. En segundo lugar, las deudas que se contraigan por la persona con discapacidad o sus representantes legales, que no guarden una relación directa con los bienes ni con la administración del patrimonio protegido, primero responderá el patrimonio personal y en su defecto el patrimonio protegido. Matiza que “responde, pues de lo contrario, resultaría burlado el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Cc, sin disposición legal que lo permita”. Señala, además que como consecuencia de estas relaciones generadas entre patrimonios, han de reintegrarse entre sí los valores con los que cada una de las masas se han lucrado sin causa, a costa del otro.

Por lo que respecta a la ejecución singular de los bienes que conforman un patrimonio, se seguiría el mismo esquema visto hasta el momento. En primer lugar deberían ejecutarse los bienes sobre el patrimonio en que se ha generado la deuda y sólo cuando no existan bienes sobre los que proceder, ejecutar subsidiariamente sobre el otro patrimonio.

Como ocurre en el caso de la responsabilidad solidaria, los administradores a excepción de que sea la propia persona titular del patrimonio, responderá con su propio patrimonio de las deudas que haya generado y que no redunden en interés del titular del patrimonio protegido, y lo equipara a la responsabilidad en que pueden incurrir los padres respecto a sus hijos, o los tutores sobre sus pupilos.

²⁷² SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, págs. 30 y 31.

Por último, los acreedores que tenga la persona que ha constituido el patrimonio protegido o los aportantes sucesivos de los bienes no podrán dirigirse frente a este patrimonio ya que la titularidad no les corresponde ya a ellos, sino al beneficiario en cuyo favor se ha realizado la constitución o la aportación. De este modo se protege al tercero que ha obrado con buena fe, que en este caso es la persona con discapacidad. Cuestión distinta que es dichos actos se hayan realizado en fraude de acreedores, por lo que dichos bienes no se integrarían en el patrimonio protegido.

LEÑA FERNÁNDEZ²⁷³ defiende también esta postura, y considera que la limitación al principio de responsabilidad del artículo 1911 Cc implica que en principio el patrimonio protegido no responde de todas las deudas que tenga su titular sino sólo de las que se han generado de la administración del patrimonio. Sin embargo, esta limitación no llega a ser absoluta, sino que “la responsabilidad del patrimonio de destino con relación al general es de carácter correlativo, o sea excluyendo unos créditos, postergándolos a otros o dándoles preferencia según los casos. A nuestro juicio esta cierta limitación en la materia que tratamos tiene una doble dimensión: afecta totalmente al débito pero en cuanto a la responsabilidad solo determina el carácter subsidiario de ésta. En el caso del patrimonio protegido el débito se produce separadamente respecto a cada patrimonio (general y protegido) hasta el punto de poder existir deudas de uno contra el otro. Pero en cuanto a la responsabilidad, la separación no existe por lo que tiene carácter global y afecta a ambos patrimonios. La cierta limitación solo consiste en que la que afecta a uno de ellos por las deudas del otro, tiene carácter subsidiario”.

3.2.c) Incomunicación de deudas entre patrimonios

Éste es el régimen de deudas que de *lege ferenda* debería aplicarse. Es decir, que cada una de las masas patrimoniales responda única y exclusivamente de las deudas que sean generadas en su seno. El obstáculo con que nos encontramos es que como no lo señala la LPPPD expresamente, no puede aplicarse. Sin embargo de una interpretación teleológica de la norma, en el fondo subyace esta idea.

²⁷³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 41.

Para poder aplicar este régimen hay que configurar un sistema de salvaguarda rígido para evitar que se perjudiquen los intereses de los acreedores, y reforzar el sistema de control y supervisión de la administración. No obstante, para que realmente este sistema funcione es necesario que el patrimonio protegido no pierda su esencia, es decir, que este patrimonio vaya dirigido a que la persona satisfaga sus necesidades vitales. Por otro lado, las circunstancias de las personas distan mucho unas de otras y cada una tendrá unas necesidades distintas. Pero también es cierto que como ya se vio en el análisis de lo que hemos de entender por necesidades vitales, hay unos mínimos esenciales que por aplicación analógica corresponderían a los alimentos que regula el Cc, incluso el sustento de la familia a cargo de la persona con discapacidad, o la retribución del sujeto que ayuda a realizar las actividades de la vida diaria a la persona con discapacidad.

También se vio que existen otro tipo de intereses como los de ocio, que obviamente son necesarios y que comportan una serie de gastos, y que toda persona tiene derecho a disfrutar. Sin embargo, si queremos blindar por decirlo de algún modo el patrimonio protegido para que realmente pueda darse cumplimiento a la Ley, y sabiendo que en este caso el acreedor puede salir perjudicado al no satisfacerse su crédito si no hay bienes, moralmente no consideramos muy adecuado introducir esta serie de gastos “lucrativos” dentro del patrimonio protegido, porque de otro modo, estaríamos burlando de una manera indirecta a los acreedores. Es decir, si “vaciamos” el patrimonio personal considerando que por ejemplo, los gastos de vacaciones son una necesidad vital, el esquema de protección a la persona con discapacidad y su limitación de responsabilidad se resquebrajaría, ya que lo que se estaría haciendo es transformar todo el patrimonio de la persona con discapacidad bajo la figura de patrimonio protegido para no tener que pagar las deudas que se originen.

Por tanto una cosa es proteger a la persona con discapacidad, porque puede tener más problemas a la hora de obtener patrimonio, y otra muy distinta aprovechar la protección que se le otorgue para violar y vulnerar intereses de terceras personas que actúen de buena fe.

LUNA SERRANO²⁷⁴ muy acertadamente opina que “de manera poco coherente, no se atreve a declarar directamente a dicha masa indemne de la embargabilidad por parte de cualesquiera acreedores de su titular, no obstante ser adscrita la vinculación de los bienes a la finalidad de la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado y ser su específico destino la satisfacción de unas concretas necesidades, cuyos parámetros son, por cierto coincidentes con los de atender con razonable dignidad a la subsistencia que utiliza el art. 606. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre alegable de todas formas, para que el juez considere que ciertos bienes no deban embargarse por resultar imprescindibles a tal fin”. Además matiza que resulta llamativa la solución legislativa aplicada, cuando por ejemplo si con menos justificación se señala que son inembargables los derechos consolidados de los partícipes en los fondos de pensiones hasta el momento en que se cause la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración del interesado, o el patrimonio familiar agrario adjudicado con carácter definitivo por el ente colonizador, salvo en lo que toca a las obligaciones garantizadas.

El contenido del patrimonio protegido debería asimilarse a los bienes inembargables, es decir aquellos bienes necesarios para la subsistencia mínimamente digna de la persona. Si los padres de una persona con discapacidad aportan una casa al patrimonio protegido, al menos que el día que ellos falten tengan la seguridad de que su hijo va a tener en el peor de los casos una vivienda donde habitar. Si debido a las deudas que se hayan podido generar en el patrimonio personal se produce el embargo de la casa esa persona con discapacidad, se puede ver privada del único bien que puede tener.

Hemos de pensar una cosa, y es que en muchas ocasiones el endeudamiento de una persona no depende única y exclusivamente de su propia actuación en el tráfico jurídico, ya que puede deberse a factores externos, o circunstancias ajenas a su voluntad y que por desgracia, va a afectar a su solvencia económica. Otra cosa es que las deudas fueran contraídas con mala fe, por ejemplo comprar un determinado bien mueble a plazos pero sabiendo que no se va a poder pagar. Obviamente las deudas siempre han de ser satisfechas, porque entran en juego los intereses de los acreedores, y en ocasiones su situación económica también puede depender de los créditos que tiene pendientes de

²⁷⁴ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, págs. 101 y ss.

pago. Pero hemos de cuestionarnos si en la actualidad es justo que una persona con discapacidad, a la cual en ocasiones le será muy difícil vivir cubriendo mínimamente las necesidades básicas sin la ayuda de su familia, deba responder el patrimonio protegido por una mala gestión de su tutor encargado de gestionar su patrimonio personal.

Para que realmente el patrimonio protegido únicamente respondiera de las deudas generadas en él deberían darse unos requisitos:

- a) Reconocimiento por Ley.
- b) Restringir el patrimonio protegido únicamente a las necesidades vitales.
- c) Reforzar el control y supervisión del patrimonio protegido.

El primero de ellos y más importante, es que el legislador ha de expresarlo de forma fehaciente en una ley, por tanto es indispensable una reforma legislativa al respecto que recoja de forma expresa que el patrimonio protegido únicamente responderá de las deudas generadas en él, y no podrá utilizarse como medio de responsabilidad subsidiario si en el patrimonio general no hay bienes suficientes para satisfacer las deudas contraídas en él²⁷⁵.

El segundo de los requisitos es que el patrimonio protegido ha de servir para satisfacer tal y como señala la LPPPD las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Si este patrimonio se utiliza por ejemplo para otro tipo de fines, el patrimonio protegido pierde su sentido y por tanto, no podremos defender la tesis de la incomunicación de deudas. Lo que hay que hacer es proteger a la persona para que no quede desamparada, no puede usarse esa protección para enriquecerse injustamente, situación que rechaza nuestro Ordenamiento Jurídico.

²⁷⁵ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La administración y supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *RCDI*, nº 82, 695, 2006, págs. 1090 y 1091, señala a este respecto que no sería necesaria la modificación del art. 1.911 Cc sino que “es la propia Ley 41/2003 la que debería haber contenido una disposición que determinase la responsabilidad del patrimonio protegido solamente respecto de sus propias deudas, para evitar que dicho patrimonio respondiese por créditos que nada tienen que ver con los fines perseguidos con la constitución del patrimonio protegido”.

En tercer lugar, es necesario reforzar el control y la supervisión del patrimonio protegido para evitar que establecer un límite en la responsabilidad sea utilizado para frustrar los intereses de los acreedores. Como más adelante se analizará, el control y supervisión del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal que estará asesorado por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, el constituyente puede establecer las reglas de fiscalización de la administración que considere adecuadas. Para que no puedan realizarse actos fraudulentos, hemos de reforzar el control de la actuación del administrador, y de las aportaciones realizadas por terceros, con el fin de que esos bienes no redunden en perjuicio de terceros. Por ejemplo, si se aporta un bien inmueble al patrimonio protegido por parte de un familiar de la persona con discapacidad, que dicha aportación no se utilice como medio para evitar el pago a los acreedores del aportante, o incluso que un bien que en principio ha generado deudas en el patrimonio personal, pueda ser “traspasado” al patrimonio protegido con la misma finalidad. Por tanto, el control no debe recaer exclusivamente en el Ministerio Fiscal, porque debido a la carga de trabajo que posee, será muy difícil un control rígido de la actuación de los administradores, a no ser que se produzca una especialización del Ministerio Fiscal, y únicamente actúe en temas relacionados con la discapacidad.

En conclusión, y a nuestro juicio, debido a que expresamente no está recogida la limitación de la responsabilidad entre patrimonios, los tribunales a la hora de resolver los posibles conflictos o litigios que se presenten relacionados con las deudas generadas por la persona con discapacidad, deberán señalar que los bienes del patrimonio protegido, han de equiparse a los bienes inembargables de las personas, y servir los pronunciamientos de nuestros tribunales como punto de partida, para una reforma legislativa que consideramos necesaria para salvaguardar los intereses de las personas con discapacidad.

VII. ALTERNATIVAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

1. Aplicación del trust en nuestro Ordenamiento Jurídico

A raíz de la figura del patrimonio protegido de la persona con discapacidad ha entrado en los círculos jurídicos de debate la posible aplicación de la institución del *trust* en nuestro país. Últimamente ha proliferado el estudio de dicha institución por los juristas españoles dando lugar a una importante literatura jurídica relativa al tema²⁷⁶. Este instrumento se ha aplicado en el ámbito internacional para la protección de las personas con discapacidad bajo en nombre de *trust for disabled*, y aunque es ajena a nuestro sistema jurídico, países como Italia lo ha recibido en su Ordenamiento Jurídico.

Por este motivo, cada vez son más las voces que abogan por un intento de aplicación de esta figura en nuestro país, ya que de este modo se salvaría el obstáculo o problema de la limitación de responsabilidades entre patrimonios. Además se alega que el legislador posiblemente a la hora de elaborar la LPPPD tenía en mente la estructura del *trust*, de ahí las inconexiones e imprecisiones de la Ley a la hora de configurar el patrimonio protegido. Sin embargo, la aplicación del *trust* es complicada, debido al distinto sistema jurídico en el que se ha gestado. Aunque no es nuestra intención realizar un estudio exhaustivo de dicha institución, debido a la gran complejidad que lleva aparejada, es conveniente hacer un breve análisis para comprender mejor el porqué de la línea doctrinal que defiende la posible entrada del *trust* en nuestro país.

²⁷⁶ Por citar algunas obras: GÓNZALES BEILFUSS, C., *El Trust. La institución angloamericana y el Derecho Internacional Privado Español*, Bosch, Barcelona, 1997. MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de Civil Law*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005. ARROYO I AMAYUELAS, E., *El Trust en el Derecho Civil*, Bosch, 2007. VVAA, *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M., Marcial Pons y Colegio Notarial de Cataluña, Madrid y Barcelona, 2006. VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el Derecho Español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006. MARTÍN SANTISTEBAN, S., “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.62, 2004. PARDO NÚÑEZ, C., “Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del trust”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 82, núm. 697, 2006. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Los patrimonios financieros y el trust”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año. 82, núm. 693, 2006. CÁMARA LAPUENTE, S., “Trust a la francesa”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 283, mayo de 2005. En Internet se puede consultar la dirección www.il-trust-in-italia.it, donde existe bastante información sobre dicha figura.

El *trust* es definido por MARTÍN SANTISTEBAN²⁷⁷ como “una relación fiduciaria en virtud de la cual un sujeto llamado *trustee*, a quien le son atribuidos los derechos y poderes de un auténtico propietario (*legal owner*), gestiona un patrimonio con una finalidad preestablecida, lícita y no contraria al orden público”.

No obstante, hay que precisar que este esquema es básico, ya que existen diversas modalidades de *trust*, y cada país en el que se aplica ha ido reconvirtiéndolo para que pueda aplicarse en su ordenamiento jurídico. A nivel internacional existe una norma que sirve como base y es el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, aplicándose además en Europa los *Principles of European trust Law* de 1999, cuya misión es establecer unas reglas básicas para aquellos Estados que pretenden desarrollar legislativamente la figura. Lo fundamental a destacar de estas normas es que surgen por los problemas de adaptación del *trust* anglosajón en los sistemas de *Civil Law*.

CÁMARA LAPUENTE²⁷⁸ señala las diferencias básicas del *trust* originario por decirlo de algún modo, y el regulado en el Convenio de la Haya:

- a) No existe la doble propiedad que se presenta en el *trust* estricto: lo que ocurre es que los bienes que se transmiten forman un patrimonio separado que no puede ser “atacado” por los acreedores ni del constituyente ni del fiduciario y sobre el cual se reconocen efectos reales a los derechos de los beneficiarios.
- b) Sólo se reconoce o regula el *express trust*.²⁷⁹
- c) La constitución del mismo ha de acreditarse o constar por escrito.
- d) Se admiten los *purpose trust*²⁸⁰ que son los que se destinan a una finalidad, que está prohibida por el Derecho inglés a excepción de que tenga fines caritativos.

²⁷⁷ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust...*, *op.cit.*, pág. 35.

²⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “Breve compendio geo-conceptual sobre *trusts*”, *Los patrimonios fiduciarios y el trust...*, *op.cit.*, pág.38.

²⁷⁹ Existen a grandes rasgos dos tipos de *trust* desde el punto de vista del *Common Law*: los *express trust* o *statutory trust* que son aquellos que se crean por la voluntad del constituyente pero viene impuesta por ley su constitución, y los *constructive trust* que son los que se crean por un tribunal.

²⁸⁰ Es aquél que se constituye para satisfacer un fin concreto y no para beneficiar a las personas.

2. El *trust for disabled*

Circunscribiéndonos al ámbito de la protección de la discapacidad, ya he dicho que la figura que lo regula es el *trust for disabled*. La estructura del mismo es la siguiente: una persona que desee beneficiar a una persona con discapacidad, o bien una persona capaz que en previsión de una pérdida futura de capacidad, a través de un negocio *inter vivos* o *mortis causa* transmiten la propiedad de varios bienes a una persona que es el *trustee*, para administrarlos y gestionarlos en beneficio de la persona con discapacidad, que es el beneficiario. Lo característico de este esquema es que el *trustee* deviene realmente propietario de los bienes, pero únicamente para satisfacer las necesidades del beneficiario. Por tanto, existe un verdadero patrimonio separado frente al que ni los acreedores del constituyente ni los del nuevo propietario pueden “atacar”.

En este caso, se suele designar a una persona que será el guardián o el *protector* cargo que suele recaer en el tutor o el curador de la persona con discapacidad, y que se encarga de informar al *trustee* de cuáles son las necesidades de la persona con discapacidad, y supervisar que aquél no atente contra los intereses de éste. Por otra parte, el *trustee* si considera que los rendimientos del *disabled trust* no son suficientes puede enajenar bienes sin autorización judicial. Además en el acto de constitución del *trust*, el constituyente puede determinar el destino de los bienes una vez que finaliza el mismo.

2.1. Semejanzas y diferencias con el patrimonio protegido de la persona con discapacidad

Del breve esquema del *trust for disabled* ya se ha podido dilucidar algunos puntos en común con el patrimonio protegido y otros que se alejan del mismo.

Como semejanzas entre ambos se puede señalar en primer lugar que la finalidad de los dos es la constitución de una masa patrimonial, que no tiene personalidad jurídica, y que va destinada a satisfacer unas necesidades concretas de las personas con discapacidad (aunque en el *trust* puede constituirse también a favor de ancianos y menores). En ambos casos la administración suele corresponder a una persona distinta del

propio beneficiario, a no ser que posea la persona con discapacidad capacidad de obrar suficiente para poder administrarlo por sí mismo. Otro elemento que se puede destacar como similar entre ambas figuras, es que se permite que en el acto constitutivo se pueda dar el destino a los bienes que el constituyente o las personas que realizan aportaciones a los mismos consideren oportunos.

Por lo que respecta a las diferencias, MARTÍN SANTISTEBAN²⁸¹ pone de manifiesto como el patrimonio protegido debido a su estricto formalismo requiere documento público o resolución judicial para su constitución, así como que las aportaciones posteriores al mismo, han de realizarse con las mismas formalidades que su formación. Mientras que el *trust* es mucho más flexible porque no está sometido a ningún tipo de formalismo.

El sujeto destinatario de ambas instituciones también es diferente. El patrimonio protegido se constituye a favor de la persona con discapacidad que posee un grado de minusvalía concreto, es decir, un 33% de minusvalía psíquica y un 65% de minusvalía física o sensorial, sin necesidad de estar la persona incapacitada judicialmente. Mientras que en el caso del *trust* puede constituirse a favor de personas discapacitadas, personas mayores o menores de edad, por lo que nuestra Ley acota de forma considerable los destinatarios de la norma.

Quizá la diferencia más importante que separa a ambas figuras es el de la responsabilidad patrimonial de los patrimonios. En el caso del *trust* se crea un patrimonio totalmente separado del *trustee*, éste posee un patrimonio autónomo del suyo pero únicamente para utilizarlo en la satisfacción de las necesidades del beneficiario. Esto implica como consecuencia inmediata que los acreedores del constituyente ni del *trustee* pueden intentar hacer efectivos los créditos que tengan frente a éstos con cargo a este patrimonio. Por tanto, se constituye por decirlo de algún modo un compartimento perfectamente hermético destinado única y exclusivamente al beneficiario. En el caso del patrimonio protegido al no decirlo la ley expresamente la persona con discapacidad podría quedar desprotegida.

²⁸¹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust...*, *op.cit.*, pág. 141.

La administración del patrimonio protegido es más restringida porque el administrador necesita para determinados casos, en concreto, para los mismos que el tutor o curador, autorización judicial. Sin embargo esto no ocurre en el *trust*. La supervisión de ambos también es diferente, para el caso del patrimonio de la persona con discapacidad, dicha función se le encomienda al Ministerio Fiscal que puede estar asesorado por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Mientras que en la institución anglosajona la lleva a cabo el “guardián” y la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*²⁸².

De lo expuesto hasta el momento se puede aducir que el esquema del patrimonio protegido tiene varios puntos de conexión con la institución del *trust*. No obstante, poseen diversas diferencias por los distintos sistemas jurídicos al que pertenecen una y otra, lo que implica que en el caso del *trust* sea difícil su aplicación en nuestro ordenamiento. Ello no es óbice, para que países de tradición jurídica similares a la nuestra hayan adaptada esta figura *verbi gratia* Italia.

En el caso de Italia, debido a la deficiencia de las instituciones protectoras de las personas con discapacidad, en su caso la incapacitación en sus modalidades de interdicción e inhabilitación²⁸³, se acogió doctrinal y jurisprudencialmente el *trust* para poder tutelar de forma efectiva a las personas con deficiencias físicas y psíquicas²⁸⁴.

La adaptación de la institución anglosajona al ordenamiento italiano sigue el mismo modelo que el *trust for disabled* básicamente. Se crea un patrimonio separado del patrimonio personal del *trustee* para que pueda administrarlo y gestionarlo a favor de la persona con discapacidad, de este modo los acreedores de aquél no podrán dirigirse contra este patrimonio.

²⁸² Es el Tribunal Superior de Justicia, y está formado por tres salas: la División del Tribunal de la Reina (The Queen’s Bench Division), la División de la Cancillería (The Chancery Division), y la División de Familia (The Family Division). La División de la Cancillería es la que se ocupa de conocer de los asuntos del *trust*.

²⁸³ Se regulan en los artículos 414 a 432 del *Codice Civile Italiano*. La interdicción es una medida más gravosa ya que se le priva a la persona con discapacidad de su capacidad de obrar, mientras que en la inhabilitación puede realizar determinados actos. Sería por decirlo de algún modo el equivalente a la incapacitación total y parcial de nuestro Ordenamiento Jurídico.

²⁸⁴ BRAUN, A., “El *trust* en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”, *El trust en el Derecho Civil*, dirigido por ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch, Barcelona, 2007, págs. 133 y ss, realiza un breve estudio del estado de la cuestión.

Lo pueden constituir tanto los progenitores, el cónyuge, los hijos y el beneficiario que no tiene porque ser exclusivamente una persona con discapacidad, ya que también puede constituirse a favor de personas ancianas, personas drogodependientes, etc. El *trustee* puede serlo una persona física o jurídica, y no está sometido a la necesidad de autorización judicial para realizar los actos que crea convenientes y que redunden en beneficio de la persona en cuyo favor se ha constituido. Puede constituirse en beneficio de varias personas, ya sea de forma simultánea o sucesiva y tendrá una duración normalmente equivalente a la vida de la persona con discapacidad, aunque nada impide que pueda señalarse un plazo de tiempo diferente para su duración, por el ejemplo hasta que la persona con discapacidad deje de serlo.

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

A pesar de que hay voces que proclaman la adopción del *trust* en nuestro Derecho, ya que actualmente sobre 80 Estados²⁸⁵ muy dispares entre ellos han ido integrando el mismo en sus sistemas jurídicos, al basarse el *Common Law* en postulados bastante distintos a nuestro Derecho, es difícil su aplicación.

Dos son básicamente a grandes rasgos los elementos que impiden la aplicación del *trust* en España: por un lado el sistema de propiedad y la responsabilidad patrimonial. Sin embargo existen otras circunstancias de difícil encaje como son: la incoherencia de un patrimonio fiduciario frente a la tesis de la unidad patrimonial que se deriva de la propiedad única; que los derechos reales sean un *numerus clausus*; la *par conditio creditorum* y la noción de causa²⁸⁶.

²⁸⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., “Elementos para una regulación del *trust*”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, dir. Garrido MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M., Bosch, Barcelona, 2005 págs. 525 y 526, señala como países con sistemas jurídicos de base romanista regularon el *trust* para no perder volumen comercial con Estados Unidos. Fue el caso de Panamá, México, Venezuela, Argentina entre otros. Otros países ordenamientos que se basan en el Derecho Civil francés como es el caso del Quebec también lo regularon. Países que en la actualidad también cuenta con él son entre otros: China, Rusia, Japón, Francia o Italia.

²⁸⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., Breve compendio geo-conceptual sobre *trusts*..., *op.cit.* pág. 47.

El primer elemento que separa ambos sistemas jurídicos es el de la concepción de la propiedad. Nuestro Derecho civil consagra en el art.348 que “*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*”

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

Por tanto, si comparamos este artículo con el *trust*, se observa como nuestro Derecho consagra el derecho absoluto de propiedad sobre el que puede recaer derechos reales, que vienen determinado por ley. Por ejemplo una persona puede tener la propiedad de un bien inmueble, pero otra tener un derecho de usufructo sobre el mismo.

Sin embargo, esto no ocurre en el caso del *trust* que se basa en una *dual ownership* o en una propiedad doble. MARTÍN SANTISTEBAN²⁸⁷ explica que el *trustee* es el titular de una propiedad *in law* “que le asegura la titularidad y la administración del bien y que es tutelada por el derecho estricto, es decir conforme a las reglas y por los tribunales de *Common law*. Esa propiedad ha de ser administrada en beneficio de un tercero-que ostenta lo que se califica como una propiedad *in Equity*- o con la finalidad que le ha asignado el *settlor*²⁸⁸. De esta forma titularidad y gestión, por una parte, y disfrute del beneficio obtenido, por otra, no coinciden en la misma persona”²⁸⁹.

Ese esquema de “doble propiedad” no encaja en general con nuestro sistema de Derecho, y en particular con el patrimonio protegido. En este caso, podemos tener un triple esquema en el que exista un constituyente, un administrador y una persona beneficiaria, que como se verá más adelante, puede recaer en la misma persona o no. Si no recaen en la misma persona, el beneficiario pasa a ser el propietario de los bienes que forman parte del patrimonio protegido, y no comparte la titularidad ni con el constituyente ni con el administrador. Únicamente éste se encargará de gestionar y

²⁸⁷ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust...*, *op.cit.*, pág. 90. Para una lectura detallada, vid. págs. 90 y ss.

²⁸⁸ Es el constituyente.

²⁸⁹. Sin embargo esto debe ser matizado, ya que la doctrina, en este caso concreto MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust...*, *op.cit.*, pág. 91 y ss, apunta que esta característica no es una peculiaridad del derecho inglés ya que pervive según autores en instituciones como la enfiteúsis o el derecho de superficie. Incluso la doctrina, ya no sólo italiana se cuestionan esa doble propiedad presente en el *trust*, así como su ambigüedad y el significado diferente en cada una de las tradiciones jurídicas.

administrar el patrimonio protegido para poder satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad, pero no es propietario como ocurre en el caso del *trust*.

El tema de la responsabilidad universal patrimonial es otro de los obstáculos a los que se enfrentaría en nuestro Ordenamiento Jurídico. El configurar una masa patrimonial segregada del patrimonio personal al que no puedan dirigirse los acreedores, no encaja bien en nuestro sistema jurídico, y menos si viene de un pacto entre partes. Únicamente es la Ley la que en determinadas circunstancias puede permitir que determinados bienes o conjuntos de bienes respondan exclusivamente de sus deudas.

La aplicación de instituciones de otros Ordenamientos Jurídicos, es un indicador de la evolución del Derecho, de su dinamismo y su eficacia para responder a problemas jurídicos que se le plantean, por no tener mecanismos en su esfera interna para resolverlos. A pesar de que la figura analizada es un instrumento interesante, y que a la larga puede tener cabida en nuestro sistema jurídico para diversos ámbitos como el financiero, entendemos que nuestro Derecho, y en concreto nuestro Código Civil es lo suficientemente avanzado, eficaz y moderno para resolver la mayoría de los nuevos problemas jurídicos que van surgiendo. En nuestro ámbito de estudio, la solución no vendrá tanto de la aplicación del *trust*, sino de una reforma legislativa que expresamente determine que el patrimonio protegido responde únicamente de las deudas generadas en él.

3. Las sociedades unipersonales

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina, en concreto por JUSTINO DUQUE²⁹⁰, si podría constituirse una sociedad unipersonal para salvar el obstáculo de la confusión de responsabilidades y gestionarse el patrimonio de la persona con discapacidad. De este modo a través de la sociedad unipersonal se estaría creando una masa patrimonial con personalidad jurídica, para que produjera beneficios económicos a su favor, y que presentara una separación de patrimonios entre el patrimonio general del titular y el de la

²⁹⁰ JUSTINO DUQUE, J.F., “Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad”, *RDCyP*, n.º.1, 2004, págs. 43 y ss.

sociedad. Para ello prevé dos posibilidades: una que la constituya la propia persona con discapacidad, y la segunda de las opciones que sea un tercero quien constituya la sociedad unipersonal.

En el primer caso, señala que una vez que la persona con discapacidad recibe los bienes del patrimonio protegido, éste podría constituir una sociedad de capital unipersonal, reteniendo la totalidad de las participaciones o acciones y administrando los bienes mediante la gestión de la empresa constituida, ya sea por él mismo o por un administrador. Los beneficios que se derivaran de la sociedad formarían parte de su patrimonio. El patrimonio protegido estaría formado “por las participaciones de la sociedad unipersonal, bienes de segundo grado por representación de los bienes aportados”. Sin embargo, en caso de que tuviera problemas económicos no se salvarían los efectos negativos de la declaración de concurso.

Si es un tercero el que constituye la sociedad unipersonal, éste entregará las acciones y participaciones a la persona con discapacidad el cual obtendrá “la titularidad de títulos que permitan que los beneficios por la sociedad puedan ser aplicados a satisfacer las necesidades del incapacitado”. No obstante, en el caso de que a la persona con discapacidad se le declare en concurso, el resultado es el mismo. Señala que “en los supuestos de que la empresa societaria fuera declarada en concurso, el incapacitado no se verá jurídicamente afectado por la declaración de concurso de la sociedad, ya que, si el incapacitado ha actuado de forma incorrecta según la LSRL, el incapacitado podrá ser declarado en concurso cuando en el proceso para exigir la responsabilidad del socio único, que resulte estar en un estado de insolvencia, pero será, en todo, un concurso distinto”²⁹¹.

SEDA HERMOSÍN²⁹² considera que encaja mal el ánimo mercantil de una sociedad, con la finalidad que persigue la ley aunque “el expediente técnico resulta aventajado, por cuanto consigue una verdadera separación patrimonial en el plano de la responsabilidad y una mayor autonomía en el modo de actuar de los administradores”.

²⁹¹ JUSTINO DUQUE, J.F., *Consideraciones sobre el concurso...*, *op.cit.*, págs., 50 y 51.

²⁹² SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 25.

CAPÍTULO IV

EL BENEFICIARIO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El art.2 de la LPPPD determina quienes son los beneficiarios del patrimonio protegido en los siguientes términos:

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.

2. A los efectos de esta ley únicamente tendrá la consideración de personas con discapacidad:

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

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

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

De la lectura de este precepto, ya podemos extraer varias cuestiones que requieren una mención especial²⁹³. En primer lugar, que la LPPPD habla de “beneficiario” en singular, lo que nos deja la puerta abierta para cuestionarnos si es posible la constitución de un patrimonio protegido que vaya dirigido a la protección de más una persona con discapacidad, o si por el contrario, sólo puede tener un beneficiario.

En segundo lugar, se habla de personas con discapacidad, por lo que parece que está restringiendo el ámbito de protección. Si hablamos de discapacidad, hemos de

²⁹³ El Borrador realizado por la Fundación Aquitas señala en su art. 2 que: “*El patrimonio protegido únicamente podrá tener más de un beneficiario cuando se trate de hermanos. En todo caso, el beneficiario habrá de ser una persona discapacitada. A los efectos de la presente ley, tienen la consideración de discapacitadas las siguientes personas: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Aquellas otras afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. c) Y toda persona declarada judicialmente incapaz, conforme a lo prescrito en el artículo 200 del Código Civil. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas, y la incapacidad mediante la sentencia que la declare. 3. Los patrimonios protegidos se regirán en todo caso, por la presente Ley y sus normas de desarrollo, así como por la escritura de constitución y las de aportación ulterior de bienes y los estatutos que los regulan*”.

analizar si es posible que no se circunscriba únicamente a la misma y por tanto se pueda constituir a favor de otro tipo de colectivo social, como el caso de la personas mayores. Es más, se acota el círculo de personas con discapacidad sobre las que se puede constituir esta masa patrimonial, ya que exige poseer un grado determinado de minusvalía que debe estar acreditado bien sea a través del certificado administrativo, o bien mediante sentencia judicial firme.

Por último, hay que señalar que en ningún momento se hace referencia con relación al patrimonio protegido a las personas incapacitadas, circunstancia que sí aparece reflejada en otros preceptos de la Ley. Por tanto, el patrimonio protegido podrá constituirse con independencia de la correspondiente sentencia de incapacitación.

II. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO BENEFICIARIA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El beneficiario de un patrimonio protegido ha de ser una persona con discapacidad que posea el porcentaje de minusvalía que determina el art. 2.2 de la LPPPD, es decir, un 33 por ciento de minusvalía psíquica, y un 65 por ciento de minusvalía física o sensorial. Únicamente puede serlo él, por lo tanto la constitución de un patrimonio protegido y el requisito de la discapacidad van íntimamente ligados, es un nexo indisoluble. Ello significa que en el momento que desaparece esta condición, el patrimonio protegido está llamado a desaparecer. Sin discapacidad no hay patrimonio protegido, por tanto no puede constituirse para beneficiar a terceras personas que guarden una relación de parentesco con la persona con discapacidad.

Se configura como un mecanismo de protección alternativa a la incapacitación judicial, debido al escaso éxito que posee esta medida tuitiva²⁹⁴. Se puede decir que es más flexible y más ágil que la incapacitación, en el sentido de que no es necesario acudir a un tribunal para determinar que personas van a administrar el patrimonio de la persona

²⁹⁴ Países como Italia han tenido una experiencia similar. Debido al escaso éxito que ha tenido la incapacitación han introducido doctrinal y jurisprudencialmente la institución del *trust*, para intentar establecer una medida protectora como alternativa a la incapacitación.

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

El patrimonio protegido podrá ser constituido también a favor de una persona incapacitada judicialmente, siempre que posea el grado de minusvalía que requiere la ley. Por tanto no son condiciones excluyentes. El problema surge cuando la persona incapacitada no tiene reconocido el grado de minusvalía administrativamente. Así lo pone de relieve MORETÓN SANZ²⁹⁵ “en definitiva, parece que excluye de las ventajas de la Ley a quienes estén incapacitados judicialmente, si no tienen reconocidos los grados específicos de las tipologías de minusvalías en cuestión, toda vez que como se ha dicho, el Juez civil carece, de momento, de las competencias para su concreción. De lo dicho se ha de concluir que si quien pretenda ser beneficiario de la institución sólo está incapacitado judicialmente, es más que posible que la constitución del patrimonio no llegue a buen puerto”. Por este motivo, y como ya se señaló en el apartado relativo a la necesidad de coordinación entre la Administración y los Tribunales, sería adecuado y necesario que los órganos que valoraran la discapacidad en el ámbito administrativo, fueran también los que en un proceso de incapacitación elaboraran o emitieran los informes periciales correspondientes para determinar si la persona tiene o no capacidad de autogobierno. Si la misma ha sido sometida a un proceso de concreción del grado de minusvalía, los equipos técnicos ya tienen conocimiento de cómo le afecta la discapacidad, y por tanto el proceso de incapacitación sería más ágil, y menos costoso para las familias.

²⁹⁵ MORETÓN SANZ, M.F., *Protección civil de la discapacidad...*, op.cit., pág. 79.

Como ya manifestaba CORDERO CUTILLAS²⁹⁶ es aconsejable que discapacidad quede subsumida en la incapacitación. Y así lo demuestran algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, que tomando como referencia el grado de minusvalía decretado por la Administración procedían a incapacitar a la persona con discapacidad. Por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 2004, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife²⁹⁷ decreta la incapacitación de un hombre que tenía reconocido un grado de minusvalía del 70%. En el mismo sentido resuelve la Audiencia Provincial de Valladolid en la sentencia de 15 de noviembre de 2002²⁹⁸, al señalar la incapacitación de una mujer con Síndrome de Down, cuyo grado de minusvalía era del 75%.²⁹⁹ Hay tribunales que ya se han pronunciado respecto al concepto de discapacidad e incapacitación, como el caso de la Audiencia Provincial de Cáceres que en el Auto de 12 de marzo de 2004³⁰⁰ en el Fundamento Jurídico Segundo, señala que “*el concepto de beneficiario de la LPPPD es más amplio que el incapacitado*”.

En el momento de la constitución del patrimonio, el beneficiario tiene que ser una persona con discapacidad, lo que nos lleva a la cuestión de si es posible someter la constitución de un patrimonio protegido a condición suspensiva vinculada a la adquisición de la discapacidad. SEDA HERMOSÍN³⁰¹ considera que sí es posible según el nuevo artículo 223 Cc³⁰², siempre que sea bajo condición suspensiva y como mecanismo de auto-tutela. Otros de los argumentos para prever la constitución de un patrimonio

²⁹⁶ CORDERO CUTILLAS, I., *La discapacidad...*, *op.cit.*, pág.1187. Por otra parte MORETÓN SANZ, M.F., *Protección civil de la discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 79, señala que “Es necesario tener en cuenta la correlación judicial entre ciertos grados de minusvalía y la estimación de la incapacitación de la persona que las padece. Esta correspondencia entre la incapacitación judicial y la minusvalía del 65 por 100 es un dato que conviene tener a la vista, ya que cabe la posibilidad de que este criterio de equiparación termine por generalizarse a efectos civiles”.

²⁹⁷ JUR 2004\134411.

²⁹⁸ JUR 2003\19125.

²⁹⁹ Igualmente, en la sentencia de 6 de mayo de 2002, de la Audiencia de Ciudad Real (AC 2002\1066), revoca la sentencia recurrida e incapacita totalmente a una persona mayor de edad, por tener reconocido un grado de minusvalía del 66%.

³⁰⁰ JUR 2004\97010.

³⁰¹ SEDA HERMOSÍN, M.A., “Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, *Discapacitado, Patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 132

³⁰² Se refiere a la regulación de la Autotutela, el art. 223 Cc segundo párrafo señala que: “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

protegido antes de que se manifieste la discapacidad, es el principio de autonomía de la voluntad, sin embargo se señala que a pesar del reconocimiento de esta posibilidad los beneficios fiscales se aplicarán en el momento de obtener el certificado de minusvalía o la sentencia de incapacitación³⁰³.

A nuestro parecer, no consideramos que pueda constituirse un patrimonio protegido preventivo por decirlo de algún modo. Más que prever la constitución del mismo, sí que podría la persona que puede estar supeditada a poseer en un futuro algún tipo de discapacidad, señalar quien sería el administrador y cuáles serían las reglas de administración del mismo, siguiendo la línea de la autotutela o incluso del régimen de administración que establece una persona con discapacidad pero con plena capacidad de obrar. Cabría la constitución anticipada si la aparición de la discapacidad fuera un hecho conocido e inminente, y por tanto un acontecimiento cierto. En un supuesto de este tipo (como una enfermedad degenerativa) si los dictámenes facultativos señalan que la enfermedad es irreversible y por tanto en un futuro no muy lejano, la discapacidad se va a presentar, entendemos que en este caso sí podría darse el supuesto de una especie de constitución anticipada del patrimonio protegido antes de cumplirse con los requisitos la LPPPD, pero como he dicho ha de ser una situación en la que no quepa duda de su manifestación. De este modo, la futura persona con discapacidad ya podría dejar constancia de las reglas de administración de su patrimonio, incluso en el mismo documento en el que se recogiera la autotutela.

LÓPEZ- GALIACHO PERONA³⁰⁴ considera que a pesar de que la ley guarda silencio al respecto pueden constituir patrimonios protegidos las personas con discapacidad que antes de la entrada en vigor a la norma hubieron sido incapacitadas judicialmente.

Como se ha dicho anteriormente puede ser titular de un patrimonio protegido cualquier persona que reúna los requisitos que señala el artículo 2 de la LPPPD, por tanto la edad de la persona con discapacidad no influye en la condición de beneficiario, cuestión distinta es la de si un menor de edad puede constituirlo. Aunque este punto se tratará en el apartado de la constitución del patrimonio protegido, se puede dejar apuntado

³⁰³ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 1000.

³⁰⁴ LÓPEZ-GALIACHO, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág.182.

en este momento que la constitución dependerá de la edad y la capacidad de discernimiento que posea el menor.

SEDA HERMOSÍN³⁰⁵ se cuestiona si el Notario ante el que se va a constituir el patrimonio protegido puede autorizar dicho acto, si se le presenta no la resolución administrativa que acredita el grado de minusvalía, sino la sentencia de incapacitación. La respuesta que da es positiva en el sentido de que “la práctica nos enseña que los judicialmente incapacitados están por lo general muy por encima del grado de discapacidad que establece como mínimos esta ley”. Pone como ejemplo el caso de las personas “boderline” o personas con inteligencia límite, señalando que su “discapacidad médico-administrativa estará casi con toda seguridad por encima del 33% y sin embargo, raro será que un juez vaya a incapacitar judicialmente a esta persona”.

En este sentido, consideramos un desacierto que la LPPPD no recoja como beneficiarios del patrimonio a las personas que estén incapacitadas judicialmente. Así lo pone de manifiesto también GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁰⁶: “a nuestro juicio resulta muy criticable que la Ley no contemple directamente como beneficiarios de esta institución a los incapacitados judicialmente, de modo que se entienda que los mismos, por la mera declaración de incapacidad no puedan ser titulares de un patrimonio protegido”. PEREÑA VICENTE³⁰⁷ por su parte reconoce que éste ha sido uno de los principales problemas de la Ley, es decir, no prestar el mismo grado de protección a las personas incapacitadas judicialmente y a las personas con discapacidad. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ³⁰⁸ defiende que en caso de que una persona fuera incapacitada judicialmente de forma total, pero no constara el correspondiente certificado acreditativo del grado de minusvalía psíquica, podría beneficiarse de la LPPPD “pues no es admisible que la inexistencia de la correspondiente resolución administrativa impida la constitución de un patrimonio para aquél a quien por sentencia, y como consecuencia de la tramitación de todo un procedimiento judicial, se ha restringido completamente la capacidad, lo que sin duda

³⁰⁵ SEDA HERMOSÍN, M.A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...*, *op.cit.*, pág. 132.

³⁰⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, 128.

³⁰⁷ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, pág. 55.

³⁰⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 89.

implicará la existencia de un grado mayor de discapacidad psíquica que el requerido para ostentar la cualidad de discapacitado”.

Como bien señala la autora, en el caso de la incapacitación parcial, sería distinto, porque al estar sometido a curatela la capacidad de obrar está restringida parcialmente, y por tanto la persona incapacitada parcialmente puede no cumplir los requisitos que señala la LPPPD para poder constituir un patrimonio protegido, por lo tanto, en este caso sí sería necesario el documento administrativo de acreditación de la minusvalía.

La cuestión que también plantea SEDA HERMOSÍN³⁰⁹, es la de si se presenta el certificado administrativo que determina el grado de “minusvalía” pero el Notario considera que posee una superior capacidad de obrar que la que acredita éste documento. Opina que el Fedatario tiene derecho a solicitar la revisión de la determinación del grado con el fin de que se emita una nueva certificación administrativa que acredite el grado que posee en el momento de la constitución.

III. PLURALIDAD DE BENEFICIARIOS

La duda que se suscita una vez que se ha determinado quien es la persona con discapacidad, es la de si pueden ser más de una persona beneficiarios de un patrimonio protegido³¹⁰. La mayor parte de la doctrina rechaza esta posibilidad. Llama la atención que en la tramitación parlamentaria, no se presentara ninguna enmienda a este punto, aunque en el Borrador que realizó la Fundación Aequitas si que constaba tal posibilidad.

³⁰⁹ HERMOSÍN, M.A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...*, *op.cit.*, pág. 132.

³¹⁰ El Consejo Económico y Social, criticó que la Ley no previera la posibilidad de la constitución de un patrimonio protegido para proteger a dos o más hermanos que fueran personas con discapacidad. En las Observaciones particulares al art. 2 señala que: “la opinión del CES es que el Anteproyecto debería haber considerado la situación familiar en la que dos o más hijos sean personas con discapacidad, y la posibilidad de instrumentar en este caso un solo patrimonio protegido común e indiviso en beneficio de todos ellos. Dicho supuesto debería preverse igualmente en la normativa tributaria”.

Por ejemplo, MARÍN CALERO³¹¹ rechaza la constitución de un patrimonio protegido cuyos beneficiarios sean varios, sin embargo argumenta que una misma persona discapacitada puede ser beneficiaria o titular de varios patrimonios protegidos que se han constituido a su favor. SEDA HERMOSÍN³¹² avala la postura de la individualidad del beneficiario, argumentando que el texto actual no lo permite. Sin embargo, sí considera que como la ley no lo prohíbe, una persona con discapacidad puede ser beneficiaria de varios patrimonios protegidos. LUNA SERRANO³¹³ también es partidario de esta opción basándose en la literalidad del art. 2.1, por lo que deduce que no puede constituirse un patrimonio protegido en beneficio de dos o más personas con discapacidad. Añade además que “esta regla de exclusividad de beneficio a favor del discapacitado titular del denominado patrimonio protegido que parece a primera vista coherente con la afección de los bienes y derechos constitutivos de dicho patrimonio a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular discapacitado, pero que vincula, sin duda, a éste de manera excesiva en cuanto a su posibilidad de disposición y gestión de los bienes en cuestión sobre los que le corresponde su titularidad”. Por ello señala que no podría constituirse por ejemplo un derecho de prenda con trascendencia anticrética sobre los bienes que fueran fructíferos, ya que de los bienes se beneficiaría la persona de su acreedor.

Como bien apunta PEREÑA VICENTE³¹⁴ que el artículo 2 hable de beneficiario “exclusivo”, se refiere a que no pueda ser titular una persona que no posea una discapacidad. Por tanto, no consideramos que la redacción de la ley impida la posibilidad de constituir un patrimonio en beneficio de dos o más personas. Únicamente es una cuestión de una redacción imprecisa por parte del legislador. Es más, desde nuestro punto de vista negar tal posibilidad podría ir en contra del propio espíritu de la LPPPD, porque si un padre o un abuelo por ejemplo, tuviera dos hijos o nietos con discapacidad, al negarle tal posibilidad, se estaría discriminando o perjudicando a uno de los dos. La

³¹¹ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 45. En contra de la constitución de un patrimonio a favor de más de una persona se decanta también LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 109.

³¹² SEDA HERMOSÍN, M.A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...*, *op.cit.*, pág. 132. En el mismo sentido ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 997.

³¹³ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 108.

³¹⁴ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, pág. 57.

doctrina³¹⁵ considera que este obstáculo puede salvarse constituyendo diversos patrimonios separados, atribuyendo cuotas indivisas de bienes, sometiéndolos a las mismas reglas de administración y liquidación, y nombrando a las mismas personas para la administración separada.

En resumen, entendemos que no existe ningún obstáculo para permitir que se pueda constituir un patrimonio protegido a favor de dos o más personas³¹⁶. Sin bien es cierto que la LPPPD habla de beneficiario en singular, tampoco existe ningún precepto que lo prohíba expresamente. Que la Ley no contemple la constitución a favor de dos o más personas no quiere decir que no pueda darse en la práctica, cuestión distinta es que la LPPPD lo prohibiera expresamente.

Por lo que respecta a la posibilidad de que una persona con discapacidad tenga varios patrimonios protegidos, existen posturas divergentes³¹⁷. Si atendemos a la naturaleza separada del patrimonio protegido, creo que es más acorde con las premisas generales de la teoría del patrimonio considerar que una persona con discapacidad sólo puede ser titular de un patrimonio protegido. No obstante, también es cierto que por ejemplo una persona puede tener tantas herencias aceptadas a beneficio de inventario, como herencias haya recibido. Por ejemplo, un matrimonio que únicamente ha tenido un hijo. El matrimonio tiene un accidente de circulación con la desgracia de que fallece en el mismo la madre, y el padre entra en coma. El hijo al aceptar la herencia que le ha dejado su madre lo hace a beneficio de inventario. A los pocos días de aceptar la herencia mientras se está realizando el pago de los acreedores de la misma, fallece el padre el cual instituyó a su hijo heredero por testamento. Éste acepta también la herencia a beneficio de

³¹⁵ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 60.

³¹⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, págs. 57 y 58, se plantea que la pluralidad esté ordenada de forma simultánea o sucesiva. En el primer caso, considera que debe tratarse de una comunidad germánica, sin presencia de cuotas. Sin embargo, esto lleva a los problemas de cómo afectan las deudas al patrimonio, si existe derecho o no a pedir la división, como afecta la pérdida de la discapacidad a uno de los titulares entre otras cuestiones. Si la constitución a favor de los titulares es de forma sucesiva señala que las aportaciones no pueden estar sujetas a término, “por lo que la única vía que existe para constituir un patrimonio con dos titulares sucesivos consiste en hacer uso de la facultad concedida por el artículo 4.3 que permite a los aportantes establecer el destino que deba darse a los bienes aportados, pero eso sí, una vez extinguido el patrimonio protegido. Se puede prever que, en caso de extinción, el patrimonio pase a otro discapacitado”.

³¹⁷ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, 128 señala que: “la Ley sólo contempla, la posibilidad de que una misma persona tenga tan sólo un patrimonio protegido, lo que evita la pluralidad de patrimonios protegidos sujetos a normas de vida parcialmente diferentes”.

inventario. Por tanto aquí cabe la posibilidad de que el hijo posea, aunque sea temporalmente tres patrimonios, el suyo personal, y las dos masas hereditarias que están siendo liquidadas, y que al ser aceptadas a beneficio de inventario sólo responden los bienes de la herencia de las deudas que tenían sus progenitores, quedando su patrimonio personal “a salvo” de los acreedores de aquellos. Una vez que se han satisfechos todos los créditos, el remanente pasará a integrarse en el patrimonio personal del hijo.

MARTÍNEZ DÍE³¹⁸ no avala esta posición doctrinal y al señalar las características del patrimonio protegido habla de “inherencia”, lo que significa que queda adherido a su titular, de manera que sólo cabe un patrimonio protegido por cada beneficiario, opción con la que estamos totalmente de acuerdo.

IV. LAS PERSONAS MAYORES DE EDAD COMO BENEFICIARIOS DE LA LPPPD

En ningún artículo que incide sobre patrimonio protegido se hace referencia a las personas mayores, sin embargo en la Exposición de Motivos se habla de la enfermedad de Alzheimer como una nueva forma de discapacidad. Por tanto, habría que entender a pesar de que no se señale expresamente, que al ser ésta una enfermedad que afecta a personas mayores, éstos han de comprenderse dentro del ámbito subjetivo de la ley, y por tanto, poder constituirse un patrimonio protegido a su favor.

Es más, consideramos que al ser una enfermedad degenerativa que provoca una pérdida de la capacidad cognoscitiva y volitiva, podría constituirse sin necesidad de tener acreditado ningún grado de minusvalía, ya que es una enfermedad que no desaparece ni es reversible, sino al contrario progresivamente va desarrollándose imposibilitando en la mayoría de ocasiones que las personas que la sufren puedan desarrollar una vida normal. En este sentido, para poder constituir el patrimonio protegido sería suficiente el dictamen médico que reconociera que la persona posee dicha enfermedad.

³¹⁸ MARTÍNEZ DÍE, R., *La constitución del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, págs. 159 y 160.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ³¹⁹ señala que “a pesar de que la Exposición de Motivos de la ley en reiteradas ocasiones aluda a la enfermedad de Alzheimer, o a las medidas a adoptar por el sujeto con carácter previo a su propia incapacitación, lo cierto es que, unas veces porque se dispone expresamente y otras porque se deduce de la interpretación de su contenido, la ley tiene presente como modelo constante la protección de la situación del menor discapacitado (con una cierta solvencia patrimonial personal o familiar), y sobre todo su cuidado cuando falten sus padres, llegando a parecer, en ocasiones, que la inclusión de los mayores se hubiera hecho *a posteriori*, introduciendo nuevas instituciones o modalidades de amparo que poco tienen en común con el patrimonio protegido”.

A pesar de que es posible la constitución de patrimonios protegidos en caso de personas mayores, también es cierto que nuestro Ordenamiento Jurídico pone a su disposición otro tipo de instrumentos jurídicos para satisfacer sus necesidades³²⁰. Puede ser el caso del contrato de alimentos tipificado por primera vez en el Cc gracias a la LPPPD, o al acogimiento de mayores. Es decir, una serie de contratos que podríamos denominar asistenciales, cuyo fin ya no es tanto configurar una masa patrimonial para cubrir sus necesidades económicas, sino tener satisfechos otra serie de requerimientos que no sean exclusivamente materiales, como puede ser tener la compañía de una persona que le proporcione afecto o que le cuide.

³¹⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, págs. 80 y ss.

³²⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 88 y 89, señala cuales son las posibilidades que podemos encontrarnos con relación a las personas mayores. En primer lugar, puede ser una persona mayor que posea de forma originaria una discapacidad psíquica superior al 33% con posesión del correspondiente certificado administrativo, pero que sin embargo no esté incapacitada judicialmente. En segundo lugar, puede ser una persona mayor que padece esa misma discapacidad pero que sin embargo ha sido incapacitada judicialmente. Podemos encontrarnos también con personas mayores que sufran una discapacidad física o sensorial preexistente o congénita, o que haya sucedido con posterioridad, superior al 65%. Pueda darse la situación de una persona que posea una discapacidad física que sea superior al 65 % pero que derive en una discapacidad psíquica en el futuro. Cabe que existan personas mayores que estén aquejadas de alguna patología progresiva que sea superior al 33% de minusvalía psíquica, y por último, que haya personas que padecen enfermedades degenerativas que estén diagnosticadas pero que aún no conste la minusvalía que determina la ley.

CAPÍTULO V

LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 3 de la LPPPD se encarga de regular la constitución del patrimonio protegido determinando por un lado quienes son los sujetos legitimados para la misma (en los apartados 1 y 2), y por otro los requisitos de formalización (apartado 3). La norma señala textualmente:

1. *Podrán constituir un patrimonio protegido:*

a) *La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.*

b) *Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.*

c) *El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiere de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.*

2. *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.*

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.

3. *El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.*

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo el siguiente contenido:

a) *El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.*

b) *La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta Ley.*

c) *Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto de la administración o conservación del mismo.*

El 25 de marzo de 2009 se publica la esperada reforma de la LPPPD, introduciendo un último párrafo al art. 3.3, el cual dispone que:

“Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

Éste es uno de los preceptos que más críticas ha recibido por parte de la doctrina, debido básicamente a tres cuestiones: una de ellas es la posibilidad de que el curador pueda constituir un patrimonio protegido, situándolo en la misma posición que los padres o tutores, cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente. Las críticas que se realizan a este respecto, es que el curador es una figura tuitiva que únicamente asiste a la persona en la toma de decisiones, no sustituye su voluntad como ocurre en el caso de los padres o en su defecto de los tutores. El segundo de los motivos, es la legitimación que le concede la norma al guardador de hecho para constituir el patrimonio protegido, por entender que se le están atribuyendo una serie de funciones sobre las que no existirá ningún control. Y por último, la imprecisión técnica que

caracteriza este artículo que introduce una serie de conceptos o expresiones jurídicamente indeterminados susceptibles de recibir diversas interpretaciones. Estos conceptos son: la “capacidad de obrar suficiente”, “personas con interés legítimo” y “aportación de bienes y derechos adecuados y suficiente para ese fin”. Estos tres son básicamente las cuestiones controvertidas “superficiales” por decirlo de algún modo que surgen de la lectura del artículo. Sin embargo, al realizar un análisis más exhaustivo del mismo vamos a observar como estos aspectos no son los únicos que plantean problemas³²¹.

Por otro lado, la introducción de la expresión “con interés legítimo” fue fruto de dos enmiendas, una propuesta por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida justificada según el mismo por “acotar como medida de control a las personas con interés legítimo que pueden solicitar de la persona con discapacidad o de quien le representa en caso de que no tenga capacidad, para constituir un patrimonio protegido. De esta forma se evitarían posibles situaciones fraudulentas de terceras personas movidas por intereses ajenos a los de la persona discapacitada o incapaz”³²². La otra enmienda (número 18) fue propuesta por el Grupo socialista que solicitaba asimismo la inclusión de dicha expresión para “acotar las personas que pueden pedir la creación de un patrimonio protegido, evitando con ello las posibilidades de que se cobijen bajo esta previsión una ola de filántropos con fines más o menos espurios”.

³²¹ En la Propuesta de la Fundación Aequitas la regulación se contenía en el artículo 2 que disponía lo siguiente: 1. El patrimonio protegido sólo será objeto de reconocimiento legal desde que la escritura de su constitución se inscriba en el Registro de Patrimonios Protegidos. La inscripción tiene carácter constitutivo y permite el empleo de la denominación “patrimonio protegido”.

2. El patrimonio protegido podrá constituirse por acto inter vivos o mortis causa formalizado en escritura pública. Reglamentariamente se regulará el contenido de la escritura de constitución y de los estatutos, así como el procedimiento para su inscripción registral.

3. Tiene capacidad para su constitución toda persona con capacidad natural de querer y entender, aunque esté afectada por alguna discapacidad, salvo que esté incapacitada por sentencia judicial. Y, en especial: a) Los padres de la persona discapacitada. También podrán realizar aportaciones quienes hubiesen sido privados de la patria potestad, siempre que la otorguen de forma pura y simple. b) El tutor o tutores. Cuando la tutela se halle escindida la decisión corresponderá a los tutores conjuntamente. c) Los terceros, previa autorización de las personas indicadas en las letras anteriores, según corresponda.

4. El patrimonio protegido carecerá de personalidad jurídica independiente de la de su titular beneficiario.

³²² Convergència i Unió propuso en cambio la siguiente redacción en la enmienda 42: “*Cualquier persona 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 para ese fin*”. La justificación de la misma venía determinada por la conveniencia de no establecer limitaciones a la constitución del patrimonio protegido, ya que aunque a la hora de su constitución aunque fuera de escasa cuantía, éste podía ser incrementado con aportaciones posteriores.

Por otro lado, la posibilidad de que el guardador de hecho pudiera constituir un patrimonio protegido se debe a la enmienda número 41 del Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió, porque “se da la circunstancia de que hay muchas personas con discapacidad psíquica, mayores de edad, que no están incapacitadas judicialmente. Algunas de ellas pueden ser beneficiarias de pólizas suscritas por sus padres con una Mutualidad, por ejemplo. Se puede plantear la situación de que al fallecer los padres la pensión o la cantidad que la Mutualidad aporte no puedan ser incorporadas al patrimonio protegido ya que no tienen ni padre ni tutor (no están incapacitados). En este caso, la figura del guardador de hecho con capacidad para crear un patrimonio protegido solucionaría esta situación”³²³.

En otro orden de cosas, es necesario resaltar que en el debate parlamentario de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, el Grupo Parlamentario Popular introdujo una enmienda que no fue aprobada, y que sin embargo, a la luz del régimen de constitución y aportación al patrimonio protegido, lo hubiera flexibilizado bastante, sobre todo en la parte referente al requisito de la escritura pública. Esta enmienda pretendía la incorporación de un nuevo apartado 4 al artículo 3 en los siguientes términos:

“4. En la constitución del patrimonio protegido podrán válidamente establecerse:

a) Que el régimen de administración y disposición de todos o algunos de los bienes o derechos no podrá modificarse sin el consentimiento de la persona que los hubiere aportado o, en su defecto imposibilidad de obtenerlo con autorización judicial.

b) Que las futuras aportaciones de dinero o de valores mobiliarios podrán acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sin necesidad de escritura pública.

c) Que el propio beneficiario podrá, por sí sólo, disponer dinero en importes máximos mensuales o de otra frecuencia temporal”.

³²³ BOCG de 10 de septiembre de 2003, págs. 36 y 37.

II. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

La LPPPD a la hora de determinar quiénes son las personas legitimadas para la constitución del patrimonio protegido, distingue si la persona con discapacidad posee capacidad de obrar suficiente o no. Ésta es una clara manifestación del desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, principio básico y rector de nuestro Derecho Civil, y del incipiente cambio de mentalidad surgido en nuestra sociedad basado en que las personas con discapacidad no son personas que no pueden actuar en el tráfico jurídico por el hecho de poseer una discapacidad, sino que la misma es gradual, y por tanto habrá que tener en cuenta siempre su voluntad, cuando posea capacidad intelectual y volitiva.

Los legitimados para la constitución del patrimonio protegido son:

- a) La propia persona con discapacidad siempre que reúna el requisito de la capacidad de obrar suficiente (art. 3.1,a).
- b) Los representantes legales de la persona con discapacidad: los padres, tutores, y la dudosa inclusión de los curadores (3.1,b).
- c) El guardador de hecho (3.1.c).
- d) El tercero con interés legítimo (3.2). Sin embargo, como se analizará realmente no es constituyente en sentido estricto, sino que insta la constitución.

1. La legitimación de la persona con discapacidad

El primer apartado del artículo 3 señala expresamente que la propia persona con discapacidad puede constituir un patrimonio protegido, condicionada al requisito de poseer capacidad de obrar suficiente³²⁴. Esto es importante, porque en ningún momento se habla de incapacitación sino de un determinado grado de capacidad, lo que significa que para la constitución del patrimonio no es necesario que la persona con discapacidad esté judicialmente incapacitada.

³²⁴ El artículo 223 Cc, en el caso de la Autotutela, también hace referencia a la capacidad de obrar suficiente.

Lo novedoso de esta Ley a nuestro juicio, ya no son tanto las diversas reformas llevadas a cabo en el seno del Cc y la creación del patrimonio protegido como nueva institución, que obviamente en el plano jurídico y sustancial es lo realmente importante, porque son los pilares de la protección de las personas con discapacidad. Lo verdaderamente destacable es la importancia de primer orden que posee la voluntad de la persona con discapacidad que le otorga el Ordenamiento Jurídico, en el sentido de que siempre se deberá tener en cuenta como primer elemento la voluntad de la misma. Esta toma en consideración de su voluntad es una emanación directa con el principio de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad.

Únicamente en el caso de que se demuestre que no posee dicha capacidad, deberán entrar en juego los mecanismos tuitivos correspondientes que suplan la misma. Para el jurista, y sobre todo en el ámbito del Derecho Civil, se ha producido un cambio de perspectiva jurídico-social muy importante en los últimos años iniciado con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³²⁵ y que culmina en cierto modo con la Ley 41/2003. Dichas normas han producido una ruptura entre las fronteras de las personas plenamente capaces, y aquellas otras que no podían actuar en el tráfico jurídico por concurrir en ellas circunstancias no imputables a su voluntad, tales como la edad o la presencia de una discapacidad.

1.1. El concepto de capacidad de obrar suficiente

Entrando realmente ya en el análisis de qué hemos de entender por capacidad de obrar suficiente, hay que determinar o dilucidar si la LPPPD se refiere en este caso a la capacidad que emana de la discapacidad de carácter físico y sensorial, o también puede predicarse sobre las personas que poseen algún tipo de discapacidad psíquica.

Básicamente y en principio, está pensando en las personas que posean una discapacidad de carácter físico, o incluso de carácter sensorial siempre y cuando no afecten a sus facultades mentales, es decir, a las volitivas e intelectivas, porque como ya se vio al analizar el concepto de discapacidad, en ocasiones los Tribunales han procedido

³²⁵ BOE de 17 de enero de 1996, núm.15.

a incapacitar a personas que presentaban una deficiencia de carácter sensorial, si incidía de forma determinante en la manifestación de su voluntad.

No obstante, esta “capacidad de obrar suficiente” puede referirse además a aquellas personas que aun habiendo sido incapacitadas, la sentencia no restringe su capacidad de obrar de forma plena. Es decir, estaríamos hablando de la incapacitación parcial sometida a curatela, o de aquellas personas que se les restringe la capacidad en la esfera personal y no en la patrimonial. Como es la sentencia la que ha de determinar y señalar que actos podrá y no podrá realizar la persona incapacitada, si no señala nada al respecto sobre la constitución del patrimonio protegido, no habrá problema para que la misma pueda constituirlo. Como muy bien señala DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ³²⁶ el problema vendrá determinado por la capacidad suficiente que manifiesten los disminuidos psíquicos. ¿Puede una persona con discapacidad psíquica que no ha sido incapacitada, ni total ni parcialmente, poseer capacidad de obrar suficiente? En este sentido la respuesta puede ser afirmativa, ya que la incapacitación únicamente opera cuando se constata que la persona con discapacidad cumple los requisitos de los arts. 200 y siguientes del Cc, es decir, una enfermedad de carácter físico o psíquico de carácter persistente que le impida autogobernarse. Ello implica que sólo recaerá sentencia de incapacitación cuando se acredite que dichos factores impiden que la persona pueda desenvolverse con normalidad en la vida diaria por no tener suficiente raciocinio, o la capacidad volitiva e intelectual suficiente para conocer del acto que está realizando, sobre todo si tiene trascendencia jurídica. Por tanto una persona con discapacidad psíquica puede tener capacidad de obrar suficiente si no le afecta a determinadas facultades, sobre todo si tenemos en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico rige el principio de presunción de capacidad. Habrá que demostrar que la persona con discapacidad psíquica no la posee y destruir dicha presunción.

El interrogante que debemos plantearnos en estos momentos, es qué hemos de entender por “capacidad de obrar suficiente”, expresión difícil de precisar ya que la LPPPD no nos ofrece una definición de la misma ni unos parámetros concretos para determinarla. Por tanto, para la constitución del patrimonio protegido recaerá la

³²⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 91.

responsabilidad de precisar la capacidad, al Notario ante el cual se pretenda constituir el mismo.

Tradicionalmente y como ya se ha apuntado, nos movíamos en la esfera de la capacidad plena y en la falta de capacidad mediante el pronunciamiento de la sentencia judicial que constituía el estado civil de incapacitado. También es cierto, que se ha hablado por parte de la doctrina de los denominados “incapaces de hecho” o “incapaces naturales”, es decir, aquellas personas que poseyendo algún tipo de discapacidad actuaban de igual manera en el tráfico jurídico sin estar incapacitados judicialmente. No obstante, a nuestro parecer esa terminología está anticuada y es inveterada, por lo que debe hablarse de personas con discapacidad y no “incapaces”, que pueden estar o no incapacitados judicialmente. Ahora con la LPPPD y la introducción de ese concepto jurídico indeterminado podemos encontrarnos con personas con discapacidad, pero que sin embargo poseen capacidad de obrar.

Para LUNA SERRANO³²⁷ por capacidad de obrar suficiente habrá que entender “que dicho constituyente, siendo mayor de edad, no esté incapacitado ni afectado por la incapacidad natural de querer y entender o que, de padecer alguna anomalía que haya determinado su incapacitación, en la sentencia en que ésta se declare se determine una extensión y límites de la misma que consientan considerar que el declarado incapaz tenga capacidad de obrar suficiente a los efectos de constituir en su propio favor el patrimonio protegido”³²⁸. SEDA HERMOSÍN³²⁹ manifiesta que la capacidad de obrar suficiente no es la capacidad de obrar plena, sino “capacidad mínima que debe concurrir en el discapacitado para que entienda lo que se quiere hacer por él, que comprenda la información que debe facilitársele sobre las consecuencias de lo que se pretende, que se tome en consideración su opinión, y finalmente que participe activamente en la constitución y administración del PPD, en aras a su efectiva integración social”.

³²⁷ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 110.

³²⁸ PUENTE DE LA FUENTE, F., “El mandato preventivo”, *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional*, coord. SERRANO GARCÍA, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 149, señala que cuando la LPPPD hace referencia a personas con capacidad suficiente se centra en “aquéllos que han sido sometidos a un procedimiento judicial de incapacitación, pero la sentencia le ha limitado solo determinados actos, manteniéndole la capacidad para otros”.

³²⁹ SEDA HERMOSÍN, M., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.* pág. 10.

GARCÍA PONS³³⁰ defiende que: “desde luego la capacidad de obrar de la persona con discapacidad será suficiente si tiene la llamada capacidad natural, es decir, la posibilidad o facultad de entender y querer el significado o alcance del acto concreto, lo que éste representa para él y el carácter beneficioso del mismo que le pueda resultar favorable”. Pone como ejemplo el caso de las donaciones que no son condicionales ni onerosas, para las cuales se requiere la capacidad natural que sea suficiente para aceptarlas.

SERRANO GARCÍA³³¹ señala que no estamos ante una nueva categoría general de capacidad, y por lo tanto no existen tres situaciones, es decir persona con plena capacidad de obrar, personas que tienen restringida judicialmente su capacidad de obrar y personas que tienen capacidad de obrar suficiente, sino que hay que partir del hecho de existe una persona plenamente capaz, pero que poco a poco y de forma progresiva va perdiendo su capacidad.

El problema o ventaja si se quiere expresar mejor, es que no existe un baremo o una graduación por decirlo de algún modo que nos indique que concurriendo en la persona una deficiencia o enfermedad, unido a las circunstancias personales del sujeto nos conduzca a determinar si esa persona tiene capacidad o no de obrar suficiente. Por un lado facilitaría las cosas, pero por otra estaríamos vulnerando diversos principios básicos que imperan en nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que por padecer una determinada enfermedad, no con ello hemos de dar por sentado su falta de capacidad. Cada caso es distinto, y por tanto la determinación de la capacidad de las personas es una labor sensible, y con unas consecuencias muy importantes que afectan a derechos propios de la persona, con lo que hemos de intentar limitarla en la medida que cause la menor lesión posible. Obviamente, y sin perjuicio de ello, el Ordenamiento Jurídico utiliza recursos de otros ámbitos para determinar esa capacidad, como los dictámenes periciales y facultativos correspondientes.

En este punto, una de las claves que puede ayudarnos a determinar qué hemos de entender por capacidad de obrar suficiente, nos la puede conceder la normativa notarial,

³³⁰ GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pág.122.

³³¹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 383.

sin embargo, previamente es necesario realizar unas consideraciones sobre la apreciación de la capacidad por parte del Notario, que en resumidas cuentas es la persona encargada de determinar dicha capacidad.

1.2. La apreciación de la capacidad por parte del Notario

La persona que debe determinar si el posible constituyente-beneficiario del patrimonio protegido posee capacidad de obrar suficiente es el Notario. Por tanto a él le corresponde analizar la capacidad de la persona con discapacidad. Normalmente si se le aporta el documento acreditativo de la discapacidad, puede utilizarlo como “prueba” para determinar la capacidad, sin embargo existirán casos en los que se pueden plantear problemas. Por eso, la doctrina³³² señala que el Notario tendrá la facultad de examinar al beneficiario así como la posibilidad de solicitar la opinión de facultativos sin perjuicio de la certificación acreditativa donde constará el grado y el tipo de discapacidad que posee la persona.

El juicio notarial de capacidad es muy importante, no sólo a los efectos de la constitución propiamente del patrimonio protegido, sino porque la persona con discapacidad puede establecer el régimen de administración que considere oportuno. Ello implica que existen terceras personas que de manera directa o indirecta, van a tener una relación con el titular del patrimonio protegido, a través del administrador nombrado por la persona con discapacidad si tiene capacidad de obrar suficiente.

No obstante, entendemos que el que sea el Notario la persona que ha de valorar esa capacidad de obrar suficiente, en ocasiones puede ser “peligroso”, ya no tanto para la persona con discapacidad, sino para el propio Notario. Como señala GÓMEZ TABOADA³³³ el Notario ha de apreciar la capacidad porque es la razón de ser de su función, contando en principio para la misma con su sentido común y con su experiencia, aunque en ocasiones podrá solicitar el dictamen correspondiente de expertos.

³³² MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 48.

³³³ GÓMEZ TABOADA, J., “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 265 y ss.

El juicio de capacidad es muy importante porque desde que se emite existirá una presunción *iuris tantum* de capacidad, bien sea positiva o negativa. Es decir, si posee capacidad de obrar suficiente o no. Si el Notario debido al error en la calificación provoca daños y perjuicios a los interesados deberá responder de los mismos, por tanto la cautela y la seguridad que ha de mostrar ante el juicio de capacidad ha de ser máxima.

La Dirección General de los Registros y el Notariado en su resolución de 7 de enero de 1992³³⁴ se ha pronunciado al respecto sobre el tema. Señala textualmente en su Fundamento de Derecho Segundo que: *“El juicio de capacidad es un presupuesto necesario de toda escritura pública (cfr. el artículo 167 del Reglamento Notarial) que expresa la consideración del Notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad- y así ocurre en el instrumento que se enjuicia- colma plenamente las exigencias de dicha previsión reglamentaria, que pretende de este modo reforzar el valor del instrumento público, dada la enérgica y vigorosa presunción iuris tantum que emerge de tal juicio del Notario reflejado en el documento.*

El Notario ha de asegurarse de la capacidad de los otorgantes a la vista de la naturaleza del acto y de las prescripciones del derecho positivo y bajo su entera responsabilidad, mas no existe norma alguna que prescriba la observancia de un procedimiento o de unos requisitos determinados para la formación, ni aun para la formulación de tal parecer”.

Por otra parte en el Fundamento Tercero expresa que: *“es cierto que el cumplimiento de las correspondientes prescripciones reglamentarias no asegura de forma indubitada e incuestionable que el juicio de capacidad se corresponda con la real aptitud mental que presenta la persona enjuiciada al tiempo del otorgamiento. Sin embargo, no hay que desconocer los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la especial relevancia de certidumbre que reviste tal aseveración notarial de capacidad, que alcanza el rango de fuerte presunción iuris tantum y que, consiguientemente, vincula erga omnes y obliga a pasar por ella en tanto no sea revisada judicialmente”.*

³³⁴ RJ 1992\10736.

La regulación del juicio notarial de capacidad la podemos encontrar en el art. 17 bis.2³³⁵, de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, y los artículos 145, 156 y 167

³³⁵ Art. 17.bis.2: “Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo.

En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”.

Art 145: “La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

1º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

2º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3º La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:

a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.

b) Que todos los comparecientes lo soliciten.

4º En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

5º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

6º Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad.

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo,

del Reglamento Notarial, éste último precepto es especialmente relevante para dilucidar que podemos entender por capacidad de obrar suficiente. El mismo señala que: *“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”*.

En este sentido, consideramos que es importante la argumentación de GARCÍA PONS³³⁶, que señala que el concepto de capacidad de obrar suficiente no es un concepto nuevo de la LPPPD, sino que dicho precepto ya lo recogía el Reglamento Notarial (sobre todo hemos de tener en cuenta que data de 1944). Por otro lado señala que la capacidad suficiente hay que ponerla en relación con el acto o contrato que vaya a celebrarse. Como apunta *“la capacidad suficiente lo será para el acto o contrato a que la escritura se refiera, de modo que no para todos los otorgamientos se requiere idéntica capacidad; la capacidad civil exigible no es la misma para aceptar una donación o un legado, no sometidos a condición ni onerosos, que para otorgar un contrato de compraventa o un préstamo. De ahí la utilidad de que un funcionario especialmente cualificado, en este caso el Notario, pueda emitir un juicio de capacidad para el acto que pretende realizarse, pues habrá que calificar adecuadamente cada supuesto en función del caso concreto y emitir el oportuno juicio de capacidad”*.

Por tanto, habrá que poner en relación la capacidad natural de querer y entender de la persona con discapacidad, con el acto que vaya a celebrarse ante el Notario. Para el caso concreto del patrimonio protegido vamos a tener un problema añadido, y es que para cada actuación que tenga relevancia en el patrimonio protegido se va a requerir una capacidad distinta. De este modo habremos de diferenciar:

- a) La constitución propiamente dicha del patrimonio protegido, así como la determinación de las reglas de administración del mismo.

dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad.”

Art. 156: *“La comparecencia de toda escritura indicará:*

8º. La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación.”

³³⁶ GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad...*, op.cit., págs. 125 y ss.

b) La aceptación, bien de la solicitud de constitución de un patrimonio protegido por parte de un tercero, o de las posteriores aportaciones que se realicen una vez constituido el patrimonio protegido.

c) Y en último término, y el que va a plantear más interrogantes, la administración del patrimonio protegido por parte de la propia persona con discapacidad. Como se analizará en el estudio de la administración del patrimonio, la misma incluye los actos de disposición, por lo que se va a requerir un “plus” de capacidad.

A nuestro parecer, lo adecuado hubiera sido que el legislador hubiera explicitado qué debe entenderse por esa capacidad de obrar suficiente, por tanto sería oportuno que sobre la base de una futura posible reforma de la LPPPD se clarificara dicho punto, otorgándole a este respecto al Notario un punto de referencia para poder determinar la misma.

1.3. Posibilidad de constitución de un patrimonio protegido por un menor de edad

¿Puede un menor de edad constituir un patrimonio protegido? Ya vimos como no existe límite de edad para ser beneficiario del mismo, sin embargo hemos de dilucidar si se puede predicar lo mismo para la constitución de un patrimonio protegido por parte de un menor, teniendo en cuenta que la LPPPD habla de capacidad de obrar suficiente. Si atendemos a los diversos preceptos del Cc que inciden sobre la capacidad del menor, podemos observar como la diferencia del tratamiento jurídico de la mayoría de edad presupone tal y como señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS³³⁷ “que el ordenamiento jurídico, a partir de una cierta edad, considera a una persona con madurez suficiente para conocer y querer con todas sus consecuencias, y que por debajo de esa edad no la posee”. Sin embargo, si realizamos un repaso al articulado del Cc que inciden en la capacidad de los menores, observamos que ésta se tiene en cuenta sin haber alcanzado la mayoría de edad, sobre todo si el menor está emancipado. A partir de los doce años como señalan los arts. 173 y 177.1, puede prestar consentimiento para ser

³³⁷ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, op.cit., pág. 229.

acogido u adoptado. Con catorce años puede contraer matrimonio con dispensa de edad, otorgar capitulaciones matrimoniales con el consentimiento y concurso de sus padres, realizar donaciones por razón de su matrimonio cuando medie autorización de sus padres o de su tutor, hacer testamento excepto el ológrafo, etc.³³⁸

A partir de los dieciséis las facultades que se le conceden obviamente son más amplias, ya que puede realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes adquiridos o derivados de su actividad laboral si la tiene, se les permite la adquisición de la posesión de bienes, etc. Creo que es importante además traer a colación el art. 164 Cc cuya excepción primera recoge que los bienes que son adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo ha ordenado de manera expresa, cuyo régimen de administración y destino de los frutos deberá determinar el disponente, quedan sustraídos de la administración de los padres.

La última cuestión que hay que reseñar es la referente a la emancipación, es decir aquella situación en la que al menor de edad, en concreto a partir de los dieciséis años se le concede el estado civil de emancipado. Implica que puede regir su persona y sus bienes como si hubiera alcanzado la mayoría de edad, excepto los casos que recoge expresamente el art. 323 que requiere consentimiento de sus padres o del curador. Estos supuestos son: tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

Por tanto como la LPPPD habla de capacidad de obrar suficiente, entendemos que un menor de edad emancipado con discapacidad física podrá tanto constituir un patrimonio protegido, como aceptar las aportaciones que se realicen después de la constitución del mismo, ya que ningún precepto lo impide. El problema puede venir determinado si padece una discapacidad psíquica, y aquí nos encontramos con el mismo obstáculo de antes, sin embargo consideramos que si posee capacidad de obrar suficiente también podría constituirlo y aceptar las aportaciones que se realicen.

³³⁸ Puede ser además testigo en procesos, optar por la nacionalidad española, u optar por la vecindad civil distinta de la que tiene.

Lo que no podrá ejercer es la administración del patrimonio, ya que en la misma se comprenden los actos de disposición. No obstante, asimismo es cierto que muy difícilmente podrá darse un caso de este tipo.

Hay autores³³⁹ que entienden que habrá de atender al tipo de bienes con los que se pretende constituir el patrimonio protegido. Si son bienes muebles no incluidos en el art. 323 Cc se considera que pueden constituir un patrimonio de este tipo los menores emancipados, no obstante si lo que se pretende aportar son bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor se considera que el menor deberá estar asistido por sus padres o curadores ya que dichos bienes pasarán a estar gestionados por un administrador que podrá realizar actos de disposición sin contar con la pertinente autorización judicial. En este sentido PEREÑA VICENTE³⁴⁰ apunta que “si al patrimonio se han aportado inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, el menor emancipado no puede disponer por sí sólo de los mismos y, como la administración comprende la disposición, difícilmente el menor emancipado podrá transmitir la administración de tales bienes a otro cuando él no la tiene por completo. Por ello, entendemos que, incluso aunque los bienes sean aportados por terceros, el menor emancipado no podrá por sí sólo constituir el patrimonio protegido, si al mismo se aportan los bienes mencionados”. ¿Y un menor que no esté incapacitado? En este punto habría que conjugar la capacidad de obrar suficiente con el límite de edad. Es decir, por ejemplo un menor de quince años posiblemente no tenga dicha capacidad, sin embargo, uno de diecisiete sí, por tanto sería admisible su constitución. Situación diferente sería la administración del patrimonio, que no podría ejercerla por no tener capacidad para la disposición de los bienes³⁴¹. Esta postura puede venir avalada por el art. 161, párrafo 2º, 1.º del Cc que exceptúa la representación legal de los padres frente a los hijos sobre aquellos “*actos relativos a los derechos de la*

³³⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 130.

³⁴⁰ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *opc.it.*, pág. 62.

³⁴¹ GETE - ALONSO Y CALERA, Mª.C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1992, págs. 58 y 59, cuando habla sobre el patrimonio del menor, en concreto del art. 164.3 del Cc relativo a los bienes del mayor de dieciséis años, el cual puede realizar los actos de administración ordinaria sobre los mismos, pero requiriendo el consentimiento de los padres cuando exceda de ella, determina que estos actos de administración extraordinaria “son todos aquellos que exceden de lo que suponga la conservación, el mantenimiento, la defensa y la obtención de los rendimientos normales (cfr. art. 185.3º CC) de dichos bienes (a lo que, conjuntamente, calificaría como actos de administración ordinaria).”

personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". Por tanto, si el menor de edad posee la suficiente madurez para constituir un patrimonio protegido, puede considerarse perfectamente admisible. Sin embargo, en circunstancias normales al estar sometido a la patria potestad de sus progenitores lo más probable es que lo constituyan ellos.

1.4. La constitución del patrimonio protegido a través del apoderamiento

MARTÍNEZ DIE³⁴² respecto la posibilidad de constituir un patrimonio protegido a través de apoderado considera que quien es capaz de realizar un acto por sí mismo, puede realizarlo también a través de éste. En este sentido, todos los actos que puede realizar la persona con discapacidad siempre y cuando no sean personalísimos, los podrá realizar el apoderado. Sin embargo, el problema se presenta tal y como señala cuando "el apoderado que pretenda sustituir al beneficiario para solemnizar el acto constitutivo del patrimonio protegido ejerza sus facultades sobre la base de un poder dotado de ultraactividad de efectos, en fase en que el poderdante ya carezca de capacidad suficiente". Es decir, está planteando el supuesto de la nueva redacción del 1732 Cc, referido al apoderamiento preventivo. Dicho precepto señala que: "*El mandato se acaba:*

1º. Por su revocación.

2º. Por renuncia o incapacitación del mandatario.

3º. Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o mandatario.

El mandato se extinguirá también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor".

³⁴² MARTÍNEZ DIE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, op.cit., pág. 169.

Para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ³⁴³ “se trata de apoderamientos que, solos o unidos a otras instituciones, permiten al sujeto participar de aquellas decisiones que pueden afectarle en un momento futuro de pérdida de capacidad. Se intenta de esta manera respetar, en la medida de lo posible, voluntades expresadas con plena consciencia en origen y que, a diferencia de la representación legal en que el tutor asume la toma de decisiones sobre la gestión de una persona o patrimonio ajenos, posibilitan la presencia del propio criterio de determinación del sujeto en todas aquellas actuaciones relacionadas directamente con su esfera personal o patrimonial”.

La introducción de dicha figura se produce con la LPPPD según ha entendido la doctrina, al reconocer el art. 1732 Cc que la incapacitación judicial del mandante, que se produce una vez otorgado el mandato, no es una causa de extinción cuando el mandante ha dispuesto que continúe a pesar de la incapacitación. El último párrafo dado por la nueva redacción del precepto distingue dos momentos: el primero, que el poderdante en el momento en que otorga el poder ha previsto que si llega a ser incapacitado judicialmente, el poder siga surtiendo efectos como si no existiera tal incapacitación. El segundo, que el poderdante otorgue el poder para el caso de la incapacidad del mandante. En ambos casos puede extinguirse igualmente si el Juez lo considera oportuno, al constituir el organismo tutelar o posteriormente si lo insta el tutor. Sin embargo, en el primer caso si el poderdante omite la previsión de que el apoderamiento ha de continuar una vez decretada la incapacitación el poder se extinguirá. Por tanto se habla de incapacitación y de incapacidad, pero en el segundo reconduciéndola también a un proceso de incapacitación. PÉREZ DE VARGAS³⁴⁴ señala que “estos poderes no se extinguirán en el momento en que el poderdante haya perdido su capacidad, porque éste es el dato que constituye su especial característica. Al otorgar estos poderes preventivos, lo que realmente quiere el poderdante es que el poder mantenga su vigencia cuando él pierda su capacidad, aunque haya perdido su facultad de revocarlo. Por lo tanto, el apoderado continuará actuando en nombre y por cuenta del poderdante, y los actos realizados por aquél seguirán produciendo efectos directamente en la esfera de éste”.

³⁴³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, pág.59.

³⁴⁴ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, *op.cit.*, pág.433.

De lo argumentado hasta el momento, y siguiendo a DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ³⁴⁵ podemos defender que sería posible constituir un patrimonio protegido por apoderado través de apoderamiento preventivo. Es decir encomendar al apoderado que en el caso que una persona sufra una discapacidad con los grados requeridos en la LPPPD constituya un patrimonio protegido a su favor, si el poderdante ha señalado expresamente que el apoderamiento puede surtir efectos una vez que se ha producido la incapacitación judicial. El patrimonio protegido podría constituirse en ese momento porque al señalarse expresamente no se extinguiría el poder, a no ser que el Juez decidiera otra cosa por considerarlo más favorable.

MARTÍNEZ DÍE³⁴⁶ a este respecto se cuestiona si una vez que la persona con discapacidad ya no posee capacidad de obrar suficiente, el apoderado podrá establecer las reglas de administración libremente, y si deberá recogerse expresamente la obligatoriedad de la autorización judicial para los supuestos de los arts. 271 y 272 Cc. Para este caso, la solución que concede es atender a la voluntad del poderdante, determinando e interpretando las facultades que se le concedieron al actuante. A nuestro juicio, el poderdante debería establecer o haber señalado expresamente el régimen de administración concreto al que se van a someter los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, así como la exención de la autorización judicial, para evitar problemas. En caso de que no lo hubiera determinado de forma clara y precisa, también podríamos considerar que se le está facultando a que ya que al apoderado se le ha conferido el poder para constituir el patrimonio protegido, él podría señalar el régimen de administración. Este caso es un tanto dudoso, ya que si en un primer momento la persona con discapacidad no ha determinado las reglas de administración, y no se le reconoce la posibilidad de señalarlas al apoderado, habría que requerir de nuevo a la persona con discapacidad para que las señalara, ya que es un elemento indispensable del documento constitutivo. Pero ¿qué ocurre si en el momento en el que se le va a requerir pierde la capacidad? En este caso posiblemente habría que acudir al Juez para que decidiera lo que considerara más conveniente. En el segundo caso, si aceptamos que el apoderado puede determinar él mismo las reglas de administración, surgiría el conflicto con la autorización judicial de los arts. 271 y 272. En este punto se podría agravar el conflicto en el supuesto

³⁴⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato...*, *op.cit.*, pág. 345.

³⁴⁶ MARTÍNEZ DIE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, *op.cit.*, págs. 169 y 170.

de que el apoderado fuera a ser su vez el administrador del patrimonio protegido, en este caso no podría excluir la autorización judicial, por no englobarse en ninguna de las excepciones a la regla de la autorización judicial.

2. Legitimación de los representantes legales de la persona con discapacidad: padres y tutores

En este caso están legitimados para constituir un patrimonio protegido los representantes legales de la persona con discapacidad, es decir, sus padres o sus tutores³⁴⁷, pero siempre condicionado o con el requisito de que el beneficiario no posea capacidad de obrar suficiente³⁴⁸. En este sentido hemos de partir de la idea de que no todas las personas que sufren una discapacidad la poseen desde el nacimiento, sino que en la mayoría de casos será sobrevenida, por ejemplo al sufrir un accidente de tráfico. Ello implica que en este último caso, es mucho más fácil que la persona con discapacidad haya podido formar un patrimonio en mayor o menor cuantía, mientras que en el primer supuesto es mucho más difícil debido entre otros factores a la dificultad de encontrar un trabajo en condiciones dignas. Por este motivo van a ser muy importantes las aportaciones que realicen las personas facultadas, sobre todo la de sus progenitores, para ayudar al sostenimiento económico de la persona con discapacidad.

³⁴⁷ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 111, se cuestiona si esta legitimación se les concede por ser representantes de la persona con discapacidad, o si se les otorga por el hecho de ser padres, tutores o curadores. Señala que debido a la finalidad de la Ley una u otra opción sería admisible. Desde mi punto de vista y a efectos prácticos el defender una u otra opción no nos llevaría a resultados distintos, por tanto es indiferente la opción que se defienda a este respecto.

³⁴⁸ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 48, señala que la legitimación que se le concede a los padres no es en calidad de titulares de la patria potestad, sino como familiares de la persona con discapacidad. Argumenta que como no se requiere la incapacitación judicial siempre que el beneficiario sea mayor de edad, los familiares serán llamados como tales.

2.1. Constitución por parte de los padres de la persona con discapacidad

SEDA HERMOSÍN³⁴⁹ considera que en el caso de los progenitores podemos encontrarnos ante tres situaciones distintas:

- a) Padres que ejercen la patria potestad de forma ordinaria.
- b) Padres que ejercen la patria potestad prorrogada o rehabilitada.
- c) Progenitores que cuidan del discapacitado mayor de edad pero sin estar judicialmente incapacitado.

En el primer supuesto, estamos ante el caso normal de un menor de edad que padece una discapacidad con independencia de la existencia de una sentencia de incapacitación judicial que declare dicha situación. Como dispone el artículo 156 Cc, la patria potestad se puede ejercer de dos formas: bien de forma conjunta por ambos, o por uno sólo con el consentimiento del otro ya sea expreso o tácito. En concreto, los padres del menor con discapacidad pueden de mutuo acuerdo constituir un patrimonio protegido para beneficiar al menor. En caso de que exista separación o divorcio, puede constituirse también por cualquiera de los dos progenitores mientras no exista negativa al respecto por parte del otro.

El conflicto surgirá si precisamente se da este caso, es decir la negativa de uno de los dos progenitores a la constitución del patrimonio protegido. Si se realiza una interpretación analógica del art. 156 párrafo segundo, la solución consistirá en acudir al Juez para que decida lo más conveniente para el menor con discapacidad³⁵⁰. Esta sería desde mi punto de vista la respuesta que habría que darse cuando uno de los dos padres del menor con discapacidad se opone a la constitución del patrimonio protegido. Sin embargo, hay quien señala para el caso de la oposición de uno de los dos padres para la constitución de un tercero, será suficiente la aceptación del otro, quedándole por tanto al

³⁴⁹ SEDA HERMOSÍN, M., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, págs. 11 y 12.

³⁵⁰ El artículo 156 párrafo segundo señala que: “*En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquiera otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.*”

progenitor que ha realizado la oposición la opción de acudir al Fiscal para que inste la extinción del patrimonio protegido³⁵¹.

En el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada se requiere a diferencia del supuesto anterior que exista una sentencia de incapacitación que recaiga sobre la persona con discapacidad. En el caso de la patria potestad prorrogada porque la persona con discapacidad incapacitada judicialmente ha llegado a la mayoría de edad y por tanto se prorroga, y en el segundo caso por ser persona mayor de edad, soltera, y que hubiera continuado viviendo en la compañía de sus padres o con cualquiera de ellos, siendo incapacitado durante la mayoría de edad. El régimen que se le aplicaría a estos supuestos es el mismo que en el caso anterior³⁵².

El supuesto problemático se concreta en la tercera situación señalada anteriormente, es decir, el caso de los padres que están cuidando a una persona con discapacidad mayor de edad pero que no ha sido incapacitada judicialmente. Al no mediar un proceso de incapacitación la patria potestad no ha estado prorrogada ni rehabilitada, y por tanto rige la presunción de capacidad para el hijo con discapacidad, actuando los padres en este caso como guardadores de hecho.

Una vez señaladas las situaciones que pueden presentarse con relación a los padres, hemos de exponer en este momento con qué bienes puede realizarse la constitución del patrimonio protegido. Dos son las respuestas al respecto: con los bienes de la persona con discapacidad, o con los bienes de los padres ya sea de uno de ellos o de ambos.

Si el patrimonio se constituye con los bienes y derechos que posee el hijo, se está sometiendo a un régimen de administración específico y diferenciado al resto del patrimonio personal del mismo, sin embargo señala GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁵³ que no tiene naturaleza de acto de disposición, quedando la actuación de los padres sujeta a las reglas que contiene el Cc en materia de patria potestad. Como los bienes son de la propia

³⁵¹ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 66.

³⁵² SEDA HERMOSÍN, M., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 12.

³⁵³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 131.

persona con discapacidad, no hay cambio de titularidad. Sin embargo, si la constitución se efectúa con bienes propios de los progenitores la situación cambia sustancialmente, porque realmente existe un traspaso de titularidad al encontrarnos ante una verdadera donación en beneficio de la persona con discapacidad, que podrá ser realizada bien en vida del constituyente, es decir, a través de un acto *inter vivos*, o a través de un acto *mortis causa*, es decir, a través de testamento. Este último supuesto plantea las cuestiones de cuándo surte efectos y con qué bienes hereditarios podrá constituirse. Estos aspectos serán analizados en el epígrafe de los requisitos formales.

2.2. Constitución del patrimonio protegido por parte del tutor

Por lo que respecta a la constitución del patrimonio protegido por parte del tutor, el régimen jurídico aplicable es similar al de los progenitores. Sin embargo, sí existe una diferencia importante y es la existencia de un proceso de incapacitación en el que ha recaído sentencia constitutiva del estado civil de persona incapacitada, y por tanto si la capacidad de obrar está mermada de forma considerable y no posee facultades volitivas e intelectivas es necesario el nombramiento de un tutor para regir su persona y sus bienes³⁵⁴.

En este contexto, el tutor podrá constituir el patrimonio de dos formas como en el caso anterior: con los bienes propios de la persona con discapacidad incapacitada judicialmente, o con los del tutor. En el primer caso como el tutor es la persona que administra el patrimonio del tutelado, puede optar porque una serie de bienes del mismo o todos formen el patrimonio protegido. No obstante hay que tener presente el artículo 271 del Cc que recoge una serie de supuestos que requieren autorización judicial, aunque de su lectura no parece que el supuesto que estamos analizando se comprenda en el mismo. Por tanto, la constitución del patrimonio protegido por parte del tutor con los bienes de la persona con discapacidad no requeriría autorización judicial.

³⁵⁴ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 61, considera que los tutores pueden constituir un patrimonio protegido “pero sólo en el caso de que medie incapacitación –lo que presupone discapacidad psíquica – y no sea posible la patria potestad, pues, en otro caso, no podrán estar constituidas tales figuras. Además y en mi opinión, también será necesario que el discapacitado no tenga capacidad de obrar suficiente, puesto que creo que la incapacitación judicial no presupone la ausencia de la misma, y que, si realmente la tuviera, debe autorizarlo o, al menos, no oponerse”.

Si la persona con discapacidad posee varios tutores³⁵⁵, la doctrina³⁵⁶ señala que habría que aplicar al respecto los artículos 236, 237 y 237 bis Cc³⁵⁷. El primer precepto para señalar cuando puede ejercerse la tutela por varias personas, el segundo que determina el carácter solidario o conjunto de la misma, y el último que determina que si existen varios tutores que ejercen su función de forma conjunta y existe incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para realizar un acto o contrato, se faculta al otro tutor (o a los demás si son varios) para realizarlo igualmente.

En otro orden de cosas, el tutor perfectamente para proteger a la persona con discapacidad, podrá constituir no ya con los bienes de éste, sino con los suyos propios (del tutor) un patrimonio protegido, que podrá ser constituido en vida o a través de testamento. Como en el supuesto de los padres estamos ante un acto de mera liberalidad, y como se verá en el epígrafe correspondiente al régimen jurídico de las aportaciones, se regirá por las reglas de las donaciones o la sucesión hereditaria.

³⁵⁵ En el Borrador que realizó la Fundación Aequitas, sí se tenía presente la posibilidad de que existieran varios tutores al respecto, y de este modo el artículo 2.3.b) señalaba que “cuando la tutela se halle escindida la decisión corresponderá a los tutores conjuntamente”.

³⁵⁶ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, op.cit., pág. 132.

³⁵⁷ Art. 236: *“La tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo:*

1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.

3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente”.

Art. 237: *“En el caso del número 4º del artículo anterior, si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso, y en el caso del número 2, si los padres lo solicitaran, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario. De no mediar tal clase de nombramiento, en todos los demás casos, y sin perjuicio de lo dispuesto en los números 1 y 2, las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por éstos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor”.*

3. Legitimación del curador de la persona con discapacidad

La facultad que se reconoce al curador de una persona con discapacidad para constituir un patrimonio protegido, ha sido una de las cuestiones que unánimemente ha criticado la doctrina al respecto.

El problema se centra en que el curador es el sujeto que asiste a la persona con discapacidad, pero en ningún momento sustituye la voluntad del curatelado, es decir que lo único que hace es completarla o asistirle. Esto puede ser un indicio de que la persona sometida a curatela puede tener capacidad de obrar suficiente, y por tanto decidir por sí mismo si constituye un patrimonio protegido, o si acepta la constitución por parte de terceros, sobre todo si se defiende que puede nombrarse un curador únicamente para la asistencia en la faceta personal del curatelado, sin necesidad de incidir en la esfera patrimonial. Aunque ésta es una cuestión en la que no existe acuerdo por parte de la doctrina³⁵⁸, nuestra jurisprudencia menor se ha pronunciado favorablemente respecto esta posibilidad. Tal es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2006³⁵⁹ que confirma la sentencia *a quo* por considerar que el sujeto al que se le había declarado incapacitado parcialmente y sometido a curatela por padecer una personalidad paranoide sin tener consciencia de la enfermedad, únicamente requería la constitución de la misma para la supervisión y el cuidado de la esfera personal. En el mismo sentido había resuelto ya la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 21 de junio de 2004³⁶⁰ la cual revoca parcialmente la sentencia apelada y considera que únicamente es necesario decretar la curatela a una mujer que poseía un trastorno de personalidad paranoide en la esfera personal en lo que atañía sobre todo al seguimiento terapéutico y farmacológico de control de dicho trastorno, sin necesidad de extenderla al ámbito patrimonial ya que se había constatado que estaba capacitada para administrar la pensión que recibía.

³⁵⁸ En la doctrina más reciente, se puede citar a de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 96, que defiende la idea de que puede nombrarse un curador únicamente para los actos personales como la administración de medicamentos. Como señala la autora: “sería un despropósito que, siguiendo la literalidad de la ley, teniendo un curador tan sólo para controlar la medicación se impidiese a la persona constituir su propio patrimonio protegido y tuviera que hacerlo directamente un curador carente de esa facultad”.

³⁵⁹ JUR 2006\49380.

³⁶⁰ AC 2004\1370.

Así hay quien señala que el Notario podrá basarse en el nombramiento judicial de un curador para determinar si realmente la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente³⁶¹.

Quien realmente actúa en el tráfico jurídico no es el curador, sino el curatelado pero con el complemento de capacidad de aquél. Sin embargo, es importante atender a la sentencia de incapacitación parcial y determinar qué actos requieren la asistencia del curador, porque posiblemente la constitución de un patrimonio protegido sea uno de ellos. Ello conlleva a que en el caso de la constitución de un patrimonio protegido, quien realmente lo constituye es la persona con discapacidad pero con el complemento de capacidad que por decirlo de algún modo aporta el curador. Sin embargo, puede ocurrir que la sentencia no disponga nada al respecto sobre la constitución del patrimonio protegido, lo que implicará que el curador no podrá constituir el patrimonio directamente con los bienes de la persona con discapacidad, ya que la sentencia no ha restringido la capacidad para la constitución.

GARCÍA PÉREZ³⁶² se cuestiona que ocurre en caso de que el curador estime la constitución del patrimonio protegido, pero el curatelado se oponga a la misma. Como la Ley señala expresamente que no puede constituirse un patrimonio protegido en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, la autora considera que como el curatelado tiene limitada su capacidad de obrar, no parece que deba primar absolutamente su voluntad, por lo que se remite a la posibilidad de que sea el juez quien decida al respecto. En este supuesto no estoy del todo de acuerdo, porque puede ser que el curador decida constituir el patrimonio con sus propios bienes, y la persona con discapacidad que no tiene restringida por ejemplo la capacidad en el ámbito patrimonial como se ha visto anteriormente no desee la constitución. Por tanto, no dependerá única y exclusivamente de la capacidad del curatelado, sino de las circunstancias concretas de la constitución.

La doctrina pronunciada al respecto, ha criticado la redacción de dicho precepto, debido a la interpretación que ha de darse al art. 3.1.b), ya que de algún modo u otro,

³⁶¹ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 49.

³⁶² GARCÍA PÉREZ, R., "Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado", *Protección del patrimonio familiar*, coord. SÁNCHEZ CALERO, F.J., GARCÍA PÉREZ, R., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 143.

induce a pensar que está equiparando al curador a la figura de los padres o tutores, cuando hemos visto que no es así. Entiende por un lado que esta redacción se debe a un escaso conocimiento por parte del legislador de dicha figura en nuestro Ordenamiento Jurídico³⁶³. Otro sector considera que lo que se ha pretendido es ampliar las facultades y poderes del curador, pudiendo constituir un patrimonio con los bienes del curatelado³⁶⁴.

LUNA SERRANO³⁶⁵ señala que el curador podría llevar a cabo la constitución del patrimonio protegido en una triple condición:

- a) Constituyendo el patrimonio protegido a título personal con sus propios bienes y derechos.
- b) Ejerciendo sus funciones de curador propiamente dichas, es decir, asistiendo a la persona con discapacidad cuando requiera ese complemento de capacidad, o la asistencia que ha de proporcionarle el curador.
- c) La última opción es sustituyendo al incapacitado que está sujeto a curatela, por tanto constituyendo el patrimonio con los bienes y derechos de éste.

Compartimos la opinión de GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁶⁶ y consideramos que lo que realmente pretendía el legislador es ampliar al abanico de legitimados para constituir un patrimonio protegido, pero en este caso en concreto no con los bienes del curatelado, sino que se ha facultado al curador para que con sus bienes propios forme un patrimonio en beneficio de la persona con discapacidad.

³⁶³ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 48.

³⁶⁴ LÓPEZ – GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.* pág.183. MARTÍNEZ DIE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, *op.cit.*, pág. 171, considera que quizás dicha redacción del precepto no sea un error “sino una toma de postura respecto del llamado *curator ad litem* en nuestra vieja tradición procesal, en el sentido de que el defensor judicial designado para la defensa procesal del incapacitado pueda también ejercer su defensa patrimonial mediante la constitución de un patrimonio protegido, a modo del administrador judicial a que se refiere el artículo 299 bis del Código Civil, que, por cierto, queda silenciado en la Ley 41/2003”.

³⁶⁵ LUNA SERRANO, I., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 112, señala al respecto que: “De ello parece derivarse que el curador sólo puede constituir patrimonio protegido respecto del discapacitado sobre el que ejerce la curatela actuando a título personal, aunque legitimado para ello en función de su cualidad de curador, y con cargo a sus propios bienes o bien, porque así parece consentirlo la nueva ley, sustituyendo al discapacitado sujeto a curatela y sobre los bienes de éste. Aunque esta última alternativa podría parecer un tanto discutible, por no coincidir con los parámetros generales por los que se desenvuelve la curatela en el Código civil, se encuentra, sin embargo, específicamente avalada por el art. 3.1,b) de la Ley 41/2003 –que es *lex posterior* y *specialis*–, que, en el sentido indicado, amplía expresamente las funciones que legalmente competen de manera ordinaria al curador”.

³⁶⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 134.

4. Legitimación del guardador de hecho

La figura del guardador de hecho no viene definida en el Cc, el cual únicamente dedica tres preceptos a regularla (en concreto los arts. 303, 304 y 306) a pesar de ser una de las instituciones de protección de las personas con discapacidad más frecuentes en la vida diaria, y que a su vez plantea un mayor número de problemas e interrogantes³⁶⁷. Esta institución aplicada al ámbito que estamos analizando suele presentarse en casos de personas con discapacidad que no han estado sometidas a un proceso de incapacitación, y por tanto no se ha nombrado un tutor o un curador para que le asistan. DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS³⁶⁸ manifiestan que se trata de “situaciones en las que una persona, sin nombramiento al efecto, se encarga de la guarda en su más extenso significado de un menor no sometido a la patria potestad, o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación”. FÁBREGA RUIZ³⁶⁹ señala al respecto que “supone simplemente la constatación de la existencia de facto de una actividad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que ésta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de Derecho, pues éste la contempla y regula, que se caracteriza por estar desprovista de forma. Y ello porque la guarda de hecho no deja de tener importantes consecuencias jurídicas”.

La LPPPD habilita en el art. 3.1.c) al guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica a constituir un patrimonio protegido, con los bienes que los progenitores o sus tutores le hubiera dejado bien por título hereditario, o los que hubiera de recibir en virtud de pensiones que constituyeron nombrando como beneficiario a la persona con discapacidad³⁷⁰. La duda que nos asalta es porqué habla la LPPPD

³⁶⁷ El ámbito de protección no se centra exclusivamente sobre las personas con discapacidad, sino que con la misma se protege además a los menores desamparados.

³⁶⁸ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, edit. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 290.

³⁶⁹ FÁBREGA RUIZ, C.F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág.9.

³⁷⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 97, considera que “se trata esta de una norma difícil de encuadrar en nuestro ordenamiento al atribuir al guardador unos extraordinarios poderes de disposición sobre bienes ajenos que además se recogerán en escritura pública. La norma desde luego exige algunas puntualizaciones y comentarios, comenzando por destacar su prácticamente imposible encaje en el caso de las personas mayores, resultando palmario que el

únicamente de personas con discapacidad psíquica, esto ¿implica que no puede constituir el guardador de hecho de una persona con discapacidad física un patrimonio protegido a su favor? Apreciamos que la opción que adopta el legislador viene motivada por un escaso entendimiento de la realidad social, ya que defender la idea de que no puede constituirse un patrimonio para el caso de una persona con discapacidad física sería una opción discriminatoria, que iría en contra del propio espíritu de la Ley³⁷¹.

La otra cuestión que se plantea es la de si el guardador de hecho puede constituir un patrimonio protegido con sus propios bienes, o únicamente con aquéllos que recoge el artículo 3.1.c), es decir, con los bienes que ha de heredar la persona con discapacidad beneficiaria o las pensiones que constituyeron a su favor. El problema de base que subyace en este aspecto y que pone de relieve la doctrina es la posibilidad de que al constituir un patrimonio protegido el guardador de hecho se está atribuyendo amplias facultades sin intervención judicial³⁷². Se desprende de la lectura del precepto que únicamente puede constituirse el patrimonio protegido con estos bienes, por tanto en un primer momento podríamos argumentar que sólo es posible constituirlo con ese tipo de bienes. Dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión es difícil, y en este sentido sería necesario que los tribunales en última instancia resuelvan todos estos problemas de interpretación. Consideramos que el precepto parte de la base que el guardador de hecho es una persona distinta a los padres de la persona con discapacidad, y por tanto lo que querría decir dicho artículo es que necesariamente el patrimonio debería constituirse con los bienes que le dejaron los padres al hijo bien sea por vía hereditaria o por las pensiones en la que conste como beneficiario. Pero ello no implica que el guardador de hecho (sobre todo si son los padres) puedan constituirlo con sus propios bienes o con otros distintos.

Por otro lado el artículo 304 del Cc señala que si los actos que ha realizado el guardador de hecho redundan en interés, en este caso del presunto incapaz, no podrán ser impugnados. Por tanto, la constitución del patrimonio protegido con otro tipo de bienes que no sean los que señala el artículo 3.1.c) pueden redundar en su beneficio, ¿en este caso podría ser impugnado dicho acto por no estar amparado en la literalidad de la Ley?.

legislador tan sólo ha tenido presentes a los menores como destinatarios del precepto, por lo que, sacada de ese contexto, su aplicación resulta enormemente rebuscada”.

³⁷¹ LÓPEZ – GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.* pág.184. defiende esta postura también.

³⁷² PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, pág. 69.

A nuestro juicio esta cuestión habría que ajustarla con la constatación cierta y segura de la actuación y temporalidad del guardador de hecho. Es decir: en la mayoría de ocasiones al ser el Notario el que plasmará en escritura pública la constitución de un patrimonio protegido por el guardador de hecho, puede tener en la realidad un verdadero problema si realmente no se acredita que la persona que dice ser guardadora de hecho de la persona con discapacidad no lo es, con las consiguientes repercusiones que puede implicar este hecho. Si se demuestra que el guardador de hecho no ha causado durante el tiempo que ha estado ejerciendo dicha función ningún perjuicio patrimonial, sino al contrario, el Notario podría autorizar dicha constitución. Sin embargo hay que salvar el obstáculo de cómo el Fedatario tiene la seguridad de que la persona que va a constituir el patrimonio protegido, es realmente quien dice ser. Pues bien, a este respecto FÁBREGA RUIZ³⁷³ señala que para acreditar o constatar la existencia de esa guarda de hecho se puede recurrir a tres vías:

- La primera de ellas sería certificar o constatar la existencia de la guarda de hecho mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria que finalice en resolución judicial, declarando frente a terceros que existe una verdadera guarda de hecho.
- La segunda vía sería recurrir al acta de notoriedad notarial que según el art. 144 del Reglamento Notarial “*tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como de sus juicios y calificaciones*”.
- Por último, considerar como guardador de hecho a los directores de los centros residenciales donde se encuentra el incapaz.

En otro orden de cosas, MARTÍNEZ DIE³⁷⁴ se cuestiona si la legitimación que se le otorga al guardador de hecho puede significar: a) que la persona que está ejerciendo las funciones de guarda de una persona supuestamente incapaz puede comparecer ante el Notario para constituir un patrimonio protegido, debiendo tramitarse acta de notoriedad acreditativa de dicha situación, alegando la autorización del documento interesado, sin cumplir más que los requisitos objetivos del art. 3. O bien: b) “deberá procederse con sujeción a las normas más elementales de nuestra organización jurídica, rechazando de

³⁷³ FÁBREGA RUIZ, C.F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 16 y ss.

³⁷⁴ MARTÍNEZ DIE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, *op.cit.*, pág. 174.

plano la autorización de tal documento, poniendo tal comparecencia en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos, entre otros, del artículo 303 del Código Civil, de cuya aplicación coordinada con el precepto analizado resultaría la posibilidad de que fuera el Juez el que ordenara la comparecencia del guardador, al objeto de constituir el patrimonio protegido, en los términos acomodados a los requisitos que señala la Ley”.

Dispone en este sentido que “la colisión entre los artículos 303 y 304 del Código Civil, unida a la habilitación que se deriva del artículo 3 de la Ley 41/2003, permite decantarse por una solución favorable a la constitución del patrimonio protegido, siempre que resulte acreditada la guarda fáctica, la procedencia de los bienes afectos en los términos señalados por la norma y la utilidad del acto constitutivo, todo ello sin perjuicio de la puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal de tal situación de hecho”³⁷⁵.

A nuestro parecer, y a pesar de que la LPPPD no señale nada al respecto, podría aceptarse la primera opción y que el guardador de hecho constituyera un patrimonio protegido con sus bienes, ya que la propia Ley faculta al guardador a constituir un patrimonio con los bienes que ha de recibir la persona con discapacidad, por tanto si puede constituirlo con dichos bienes, nada impide que el guardador los constituya con los suyos propios, siempre y cuando se refuerce la seguridad de que dicha persona actúa como tal, a través bien de la vía notarial o judicial.

5. La constitución del patrimonio protegido por un tercero con interés legítimo

Realmente no es un supuesto de constitución propiamente dicho, ya que lo que dispone la LPPPD es que cualquier persona que posea interés legítimo puede solicitar bien a la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, o en su defecto cuando no la posea a sus padres, tutores o curadores la constitución de un patrimonio protegido condicionada a la aportación de bienes y derechos que sean suficientes para ese fin. Son los sujetos que GALLEGO DOMÍNGUEZ³⁷⁶ denomina “promotores” de la

³⁷⁵ MARTÍNEZ DIE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, *op.cit.*, pág. 175.

³⁷⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 128.

constitución. La diferencia esencial que radica entre los constituyentes directos y los terceros, es que éstos no pueden constituir un patrimonio protegido con los bienes de la persona con discapacidad, tal y como está redactada la ley, a pesar de que puede subsumirse dentro de esta categoría por ejemplo el cónyuge de la persona con discapacidad.

La Exposición de Motivos por su parte señala que: *“La constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio”*. Consideramos que no sería tan descabellado que se le posibilitara al tercero con interés legítimo la facultad de constituir un patrimonio protegido siempre y cuando fuera con sus propios bienes, y no con los de la persona con discapacidad. Podemos encontrarnos el caso por ejemplo de que una persona con discapacidad psíquica estuviera incapacitada judicialmente de forma parcial, habiéndosele nombrado curador o tutor a su hermano. Sin embargo esa persona con discapacidad incapacitada parcialmente ha contraído matrimonio, lo que implicaría es que el cónyuge de dicha persona con discapacidad, al entrar dentro del elenco de personas con interés legítimo, ya que tiene nombrado un tutor o un curador, no podría constituir un patrimonio con sus propios bienes, para favorecer a su cónyuge con discapacidad. Debería solicitar al tutor o curador, o incluso a la persona con discapacidad si tiene capacidad de obrar suficiente su constitución y en caso de que se aceptara dicha constitución el tutor, curador, etc., procederían a la misma. Por tanto la única opción que le quedaría al cónyuge que pretende beneficiar a su pareja con discapacidad, es esperar a que se produzca la constitución del patrimonio protegido, y una vez realizado dicho acto proceder a aportar los bienes que considere oportunos. Incluso no se le permitiría participar en el establecimiento del régimen de administración, ya que estas reglas se han de determinar en el documento constitutivo. A nuestro juicio se le puede incluso estar perjudicando al beneficiario, porque imaginemos por un momento, aunque es un ejemplo un tanto forzado, que el tutor o curador de la persona incapacitada no tiene una relación muy cordial con el cónyuge de la misma, esto implicaría que cabría la posibilidad de que se negase la constitución del patrimonio protegido. Obviamente este tercero, al que se le ha negado la posibilidad de constituir el patrimonio, se le concede la facultad de acudir al Juez para que resuelva lo que considere adecuado, que en este caso si la negativa no tiene razón de ser, implicaría que se constituiría el patrimonio protegido, vetando la posibilidad

de que el tutor o curador sea el administrador del patrimonio. En este sentido puede “salvarse el perjuicio económico” al que puede verse sometido la persona con discapacidad por las tensiones familiares, pero también es cierto, que puede verse sometido a otro tipo de perjuicio “moral” por denominarlo de algún modo, que podría haberse evitado con la posibilidad de la constitución directa por parte de un tercero con interés legítimo, siempre y cuando se demuestre que dicha persona no tiene intereses fraudulentos.

Otra de las cuestiones que se plantean de la lectura de este precepto, es qué hemos de entender por persona “con interés legítimo”. A nuestro parecer esta expresión hará referencia a aquellas personas que mantengan un vínculo ya sea familiar o amistoso con la persona con discapacidad, por ejemplo un amigo, primos, tíos, abuelos, cónyuge o incluso la pareja de hecho de la persona con discapacidad, si no pueden subsumirse a ninguno de los legitimados señalados en el precepto³⁷⁷. RUBIO TORRANO³⁷⁸ considera que no “parece muy acertada la incorporación de esta expresión al texto, pues nada le añade y, sin embargo, puede plantear más de un problema. La represión de posibles fraudes, que pudo estar en la mente del Grupo proponente de la enmienda, se puede lograr suficientemente por medio de los instrumentos contenidos en el Código civil y, en su caso, en las normas tributarias y penal”.

La solicitud de la constitución por parte de terceros viene condicionada a la aportación de bienes y derecho adecuados y suficientes a tal fin³⁷⁹. En este caso, consideramos que esta aportación adecuada y suficiente puede deberse entre otros factores, o si se quiere decir de otro modo, puede adquirir una mayor virtualidad según la naturaleza del bien aportado. Obviamente si lo que se pretende es que la persona con discapacidad tenga asegurada una vivienda para el futuro, en este caso concreto el tercero

³⁷⁷ LÓPEZ – GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.* pág.185, critica la introducción de esa expresión, pues según él “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 efectúa a favor de su interés, sin otras consideraciones”.

³⁷⁸ RUBIO TORRANO, E., “El patrimonio del discapacitado”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coord. BELLO JANEIRO, D., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pág. 329.

³⁷⁹ Convergència i Unió solicitó a través de la enmienda número 42, eliminar la idea de suficiencia de la aportación realizada por entender que: “No es conveniente establecer limitaciones a la hora de constituir el patrimonio protegido. Debe tenerse en cuenta que el patrimonio protegido inicialmente constituido, aunque en principio sea de escasa cuantía, puede ser incrementado mediante aportaciones sucesivas”.

debería aportar un bien inmueble o incluso una cantidad de dinero destinada o bien a adquirirla o bien a arrendarla. Si el tercero concediera una cantidad irrisoria para sufragar el arrendamiento de un bien inmueble, no se estaría cumpliendo con el requisito que exige el artículo 3.

El precepto señala que el tercero puede solicitar la constitución bien a la persona que posea capacidad de obrar suficiente, o en caso de que no la posea a sus padres, tutores o curadores. Sin embargo, se puede observar cómo no dispone nada acerca del guardador de hecho. No tiene mucho sentido que se le permita constituir el patrimonio y no permitir la aportación de un tercero.

Si el sujeto que solicita la constitución de un patrimonio protegido lo hace a la persona con discapacidad que posee capacidad de obrar suficiente, y ésta se niega, no tiene ninguna opción más que acatar lo que ha dispuesto la misma.

Sin embargo, si no posee capacidad de obrar suficiente y se solicita a los padres, tutores o curadores el régimen es diferente. Si aceptan la petición no habrá problema, éste surgirá si se niegan a la constitución del mismo, ya sean ambos progenitores o uno de ellos, o en el caso de los tutores si hay pluralidad de ellos. El precepto únicamente habla de negativa injustificada de padres o tutores, sin explicitar qué ocurre si uno de ellos acepta y el otro se niega. Tampoco determina que ha de entenderse por negativa injustificada. Por tal podríamos entender aquella negativa que sin estar motivada o fundamentada, puede lesionar los intereses de la persona con discapacidad. No obstante, deberá ser el juez en última instancia el que determine si la negativa es injustificada o no. LUNA SERRANO³⁸⁰ critica además que el artículo hable sólo de negativa injustificada de padres y tutores, descuidándose a los curadores “cuando la propia norma de la ley sanciona su negativa privándoles de la posibilidad de ser administradores del patrimonio protegido y, además pueden constituir el patrimonio en sustitución del discapacitado sujeto a curatela”.

Como señalamos en el caso del régimen de la constitución del patrimonio protegido por parte de los padres, entendemos que basta con la negativa de uno de ellos,

³⁸⁰ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 115.

bien sean los progenitores o los tutores a la solicitud de la aportación a pesar de que el otro otorgue su consentimiento para poder solicitar al Fiscal que inste al Juez y decida lo que considere oportuno en beneficio de la persona con discapacidad, aunque el art. 237 bis Cc determine una solución diferente para el caso de pluralidad de tutores. Si el Juez considera que es pertinente y oportuno constituir el patrimonio protegido a pesar de la negativa de sus representantes legales, así lo decretará estableciendo en la resolución judicial los requisitos esenciales que ha de contener el acto constitutivo. Además, el art. 3.2, último inciso realiza una precisión muy importante, y es que no podrá ser administrador cualquiera de las personas, bien sea padre/madre, tutor o curador, que se haya opuesto a la constitución del patrimonio protegido. Obviamente esta disposición es una salvaguarda de los intereses de la persona a cuyo favor se ha constituido el patrimonio, evitando que el opositor pueda lesionar sus intereses económicos. Si éste fuera el administrador, por decirlo de un modo claro tendría “el control” del patrimonio de la persona con discapacidad, por lo que sería muy sencillo realizar actos que lesionaran sus intereses, sin perjuicio del pertinente control al que debería estar sometido el administrador. Sin embargo, hay autores que no comparten esta idea, como es el caso de LÓPEZ – GALIACHO PERONA³⁸¹ al señalar que “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 si 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 las personas tan directa y estrechamente vinculadas con el beneficiario”. Esta fundamentación también es cierta, sin embargo habrá que atender en última instancia a cuáles fueron los motivos que dieron lugar a esa negativa, y cuáles son los intereses ocultos que pudieran existir al respecto. De todos modos, la LPPPD habla de negativa injustificada, si no existe una razón motivada y fundada por parte de los sujetos que se negaron a la constitución, puede inducirse que los intereses de dichas personas no van a ser del todo positivos para el beneficiario del patrimonio.

³⁸¹ LÓPEZ – GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, op.cit. pág.186.

SEDA HERMOSÍN³⁸² se cuestiona quién ha de prestar el consentimiento en el caso de que exista un discapacitado mayor de edad, que no está incapacitado judicialmente, y sobre el cual por tanto no se está ejerciendo la patria potestad, pero que sí una verdadera guarda de hecho. A este respecto da tres opciones: la primera de ellas es la de entender que el tercero ha de acudir al MF para instar al Juez la constitución del patrimonio protegido. La segunda de las opciones es la de considerar que el consentimiento han de prestarlo los padres de la persona con discapacidad, por aplicación de las normas de la patria potestad. Y en tercer lugar considera que “puede entenderse que el consentimiento previsto en el art. 3.2 párrafo segundo, en realidad es un derecho de veto concedido a ciertas personas, y no un requisito de validez, por lo que en este caso, podría constituirse sin consentimiento de nadie, ni siquiera de sus padres, guardadores de hecho, sin perjuicio del derecho que a éstos asiste para acudir al MF, a fin de que requiera del Juez para que actúe y provea lo que corresponda, incluso la extinción del patrimonio constituido”. En este sentido habría que realizar dos precisiones, la primera de ellas es que habría que tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, siempre que tuviera capacidad de obrar suficiente, por tanto ésta sería la que debería prestar el consentimiento. La segunda de las precisiones es que en el tercer supuesto, nos encontraríamos con un obstáculo y es que la aceptación es necesaria para la constitución del patrimonio, y por tanto el Notario autorizante si no se le presenta la aceptación de la constitución del patrimonio por quien corresponda podría denegar el acto constitutivo.

Se ha cuestionado por parte de la doctrina si es posible que el juez *motu proprio* en el momento en que conozca de un procedimiento de incapacitación pueda constituir un patrimonio protegido. En este aspecto la doctrina está dividida al respecto: una postura aboga por dicha posibilidad mientras que otra basándose en la literalidad de la Ley no lo considera por el momento³⁸³. En primer lugar, no tiene legitimación directa por lo que sólo puede constituirlo cuando a un tercero se le deniegue la solicitud de constitución por

³⁸² SEDA HERMOSÍN, M. A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado ...*, *op.cit.*, pág. 135-

³⁸³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 140, considera que a pesar de ser una medida beneficiosa para la persona con discapacidad, “lo cierto es que la Ley parece cerrar el círculo de los sujetos que pueden constituir el patrimonio protegido y entre ellos no se encuentra el Juez que esté conociendo de un procedimiento de incapacitación o que resuelva el mismo. Otra cuestión es que *de lege ferenda* pensemos que debería modificarse la Ley en este sentido.” En sentido contrario opinan LÓPEZ – GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.* pág.186, el cual entiende que puede subsumirse incluso en el art. 762, párrafo 1º LEC relativo a las medidas cautelares que se pueden establecer en el procedimiento de incapacitación.

padres, tutores o curadores. En segundo lugar, es una facultad potestativa que se concede para favorecer a las personas con discapacidad, no es una obligación que emana de la ley, en el sentido que en el momento en que se cumplan los requisitos del art. 2 LPPPD haya de nacer el patrimonio preceptivamente. Por tanto, al ser una facultad y no una obligación, deberán ser las partes la que opten por la constitución del patrimonio protegido o no. Cuestión distinta es que la ley impusiera tal obligación, en dicho caso posiblemente el Juez podría instar la constitución, pero al no estar así contemplado en la Ley, no consideramos que el Juez pueda establecer la constitución por sí mismo.

Consideramos que este aspecto es dudoso, sobre todo porque como ya se sabe, existe confusión de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el patrimonio personal de la persona con discapacidad. Si entendemos que en el caso de que se modificara la LPPPD en este aspecto y se reconociera la limitación de las deudas, deberían ser las partes legitimadas y no el Juez las que constituyeran el patrimonio protegido, en el mismo sentido que la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Por último, habría que señalar que hay algún autor³⁸⁴ que se cuestiona la posibilidad de que el defensor judicial pueda constituir un patrimonio protegido. Para ello determina que habrá que atender a los supuestos en que se haya nombrado un defensor judicial. Se considera que si se ha nombrado porque existe conflicto de intereses entre menores e incapacitados y sus representantes o el curador, no estaría legitimado en tal caso, ya que lo único que existe en ese caso es un conflicto puntual entre las partes.

En segundo lugar, si se nombra porque el tutor o curador no desempeña sus funciones, en este caso el defensor judicial representa al menor o incapacitado, por lo tanto entienden que está legitimado para constituirlo. Y por último, si está mediando un procedimiento de “modificación de la capacidad”, y el Juez para proteger los bienes nombra un administrador judicial, no parece que esté legitimado para constituir un patrimonio protegido.

A nuestro parecer, en el segundo supuesto, esto es, el del reconocimiento de la posibilidad de constitución por parte del defensor judicial, tenemos nuestras reticencias al

³⁸⁴ GARCÍA PÉREZ, R., *Titularidad y sujetos constituyentes...*, *op.cit.*, págs. 146 a 148.

respecto. Obviamente hay que proteger a la persona con discapacidad, pero no consideramos muy adecuado que una persona que se nombra por un período temporal no muy dilatado y concreto, pueda ser la persona más idónea para la constitución del patrimonio. Con una interpretación extensiva podría encuadrarse dentro de los terceros con interés legítimo, pero a nuestro juicio sería un tanto forzosa la legitimación del defensor judicial.

III. REQUISITOS FORMALES DE CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La LPPPD exige para la constitución del patrimonio protegido, que se realice a través de uno de los dos siguientes instrumentos jurídicos: por un lado el documento público, o bien a través de resolución judicial³⁸⁵. El constituyente no puede decidir libremente mediante cual de los dos constituye el patrimonio protegido, sino que la formalización a través de uno u otro vendrá condicionada por la existencia de negativa injustificada de los representantes legales o el curador de la persona con discapacidad a la constitución por parte de un tercero con interés legítimo. El art 1216 Cc señala al respecto que: *Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley.* En virtud del artículo 17 de la Ley del Notariado³⁸⁶, y el artículo 144 del Reglamento Notarial³⁸⁷, el documento público en que debe constituirse el patrimonio protegido es la escritura pública, ya que éste último precepto señala en su inciso segundo que: *“las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases”*.

³⁸⁵ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, op.cit., pág. 123, considera que a pesar de ser una opción difícil, el documento público pudiera ser de carácter administrativo, “no pudiendo excluirse la posibilidad de que, por aventura, un ente público con funciones protectoras o tuitivas de discapacitados pudiera y decidiera constituir patrimonios protegidos”. Respecto este aspecto, tengo mis reticencias, ya que debido a la importancia y la trascendencia que reviste la constitución del patrimonio protegido, es necesario desde mi punto de vista reforzar la seguridad jurídica, la cual se logra cuando en la constitución participa un Notario o un Juez.

³⁸⁶ Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado.

³⁸⁷ Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

En este caso, al entenderse que la constitución de un patrimonio sería un negocio jurídico, el mismo ha de recogerse en escritura pública. De todas formas, es una imprecisión técnica de la Ley el hablar de documento público en lugar de escritura pública como contraposición a la resolución judicial, ya que éste también es documento público³⁸⁸.

El segundo de los mecanismos para proceder a su formalización es la resolución judicial, cuando sea el juez el que deba decidir sobre si procede o no la constitución de un patrimonio protegido cuando lo solicita una tercera persona, debiendo discurrir por un expediente de jurisdicción voluntaria.

Los requisitos de forma que exige la LPPPD ¿son requisitos *ad solemnitatem* o *ad probationem*?. Aquí nos encontramos con un problema, la constitución se realiza en escritura pública, sin embargo la aportación de bienes que se realiza son donaciones básicamente, por tanto si atendemos a los preceptos que regulan la donación, vemos que distingue si se donan bienes inmuebles o bienes muebles. En este último caso, el artículo 632 Cc señala que la donación se puede realizar de forma escrita o de forma verbal, requiriéndose en este caso la entrega simultánea de la cosa que se dona. Sin embargo, matiza que si falta este requisito no surtirá efecto si no se realiza por escrito y consta en la misma la forma la aceptación. Mientras que para el caso de los bienes inmuebles el artículo 633 Cc requiere que se realice en escritura pública expresándose de forma individual los bienes donados y las cargas que deba satisfacer el donatario, debiendo realizarse la aceptación también en escritura pública. RUBIO TORRANO³⁸⁹ a este respecto señala que “no se debe olvidar, no obstante, que la aportación, aun cuando consista en una donación de bienes muebles, habrá que plasmarla en documento público”.

Por tanto, dos son las cuestiones que hay que dilucidar: la de si la donación o aportación de bienes muebles debe constar en escritura pública, y si la aceptación de la constitución cuando no la realice la propia persona con discapacidad ha de constar

³⁸⁸ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 56, critica que las aportaciones de los bienes de cualquier tipo al patrimonio protegido deban formalizarse en escritura pública por los costes que conllevan que podrían ser aceptables en el caso de bienes inmuebles, pero no en las aportaciones de escasas cantidades de dinero, derechos personales o del dominio o derechos reales sobre bienes muebles.

³⁸⁹ RUBIO TORRANO, E., *El patrimonio del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 330.

además en dicho documento. Respecto la primera cuestión, habría que distinguir si la aportación de bienes es simultánea a la constitución, o posterior. En el primer caso, deberemos entender que de la literalidad de la ley parece desprenderse la necesidad de escritura pública, sin embargo ¿es necesario para el caso de aportaciones posteriores?. Al no establecer ninguna particularidad al respecto hay que entender que sí.

El artículo 4.1, así lo expresa al señalar que las aportaciones posteriores han de revestir las mismas formalidades que la constitución. Esto acarrea un problema bastante importante, porque si cada una de las donaciones de bienes muebles que se realicen ha de constar en escritura pública, esto va a implicar unos gastos derivados de su formalización en escritura pública, así como el tener que acudir al Notario cada vez que vaya a realizarse una aportación, por mínima que sea. Sin embargo, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, parece respaldar el requerimiento de la escritura pública incluso para la aportación de bienes muebles, ya que el nuevo párrafo del art. 3.3 determina que el Notario debe remitir al Ministerio Fiscal mediante firma electrónica avanzada, entre otros “*las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución*”. La expresión “de toda clase” incluye los bienes muebles, sean de valor que sea.

La consecuencia inmediata a la que se llega es que dicha exigencia pueda frenar el incremento del patrimonio protegido. Es decir, si por ejemplo se ha constituido un patrimonio de gasto en beneficio de la persona con discapacidad, y no pueden aportarse grandes cuantías, si cada mes la familia que quiere aportar dinero a ese patrimonio ha de realizarlo en escritura pública, acarreándole unos gastos adicionales, puede desincentivar en gran medida las aportaciones continuas a este tipo de patrimonio. No será lo mismo aportar al patrimonio protegido doscientos euros, que veinte mil³⁹⁰.

³⁹⁰ El Grupo Parlamentario Popular introdujo una enmienda (la núm. 11) a la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en la que se pretendía introducir un apartado cuarto al artículo 3 de la LPPPD. En lo que aquí respecta es interesante la letra b), no obstante consideramos que es interesante reproducir la enmienda de forma literal. La misma señalaba que: “4. En la constitución del patrimonio protegido podrán válidamente establecerse: a) Que el régimen de administración y disposición de todos o algunos de los bienes o derechos no podrá modificarse sin el consentimiento de la persona que los hubiere aportado o, en su defecto imposibilidad de obtenerlo con autorización judicial. b) Que las futuras aportaciones de dinero o de valores mobiliarios podrán acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sin necesidad de escritura pública. c) Que el propio beneficiario podrá por sí sólo, disponer dinero en importes máximos mensuales o de otra frecuencia temporal.” Por tanto, para flexibilizar la rigidez de la escritura pública, hubiera sido conveniente que para el caso de las aportaciones de bienes muebles o de cantidades no muy excesivas de dinero se hubiera introducido otros medios de acreditación que beneficiaran las aportaciones al patrimonio protegido.

No obstante, hay que decir que en caso de que el patrimonio protegido respondiera de sus propias deudas debería ser un requisito *sine qua non* de validez, ya que en este caso se reforzaría la seguridad jurídica, y qué mejor que la escritura pública que es el instrumento que mayor fuerza jurídica le otorga. SEDA HERMOSÍN³⁹¹ considera que “el establecimiento de un patrimonio separado, sometido a un régimen de administración, disposición, supervisión y, extinción y, sobre todo sujeto a un régimen de responsabilidad por deudas especial, no puede quedar oculto en el documento privado: debe tener una publicidad mínima, la de la escritura pública, reforzada con su constatación en los Registros pertinentes (Civil, de la Propiedad y otros). A mayor abundamiento, estimo que además de ser nulo por defecto de forma, la constitución del PPD en documento privado, no permitiría gozar de los beneficios fiscales establecidos en la ley”. Sin embargo, cuestiona la necesidad de escritura pública para las aportaciones posteriores, en el mismo sentido de la posibilidad de desincentivar las sucesivas aportaciones al patrimonio protegido.

Por lo que respecta a la aceptación de la constitución y de las aportaciones posteriores, ¿han de ser expresas o puede ser tácita?. Ya se ha señalado que en el caso de una donación de bien inmueble se requiere que la aceptación conste en la escritura pública donde se realiza la misma, o en otra diferente. Por tanto aquí no existiría problema, ya que por requerimiento del Cc ha de ser expresa, pero ¿y en el caso de bienes muebles?. Si la LPPPD no hubiera exigido escritura pública para realizar la aportación de los bienes muebles al patrimonio protegido, se podría aceptar tal y como señalan las reglas generales un consentimiento verbal (siempre y cuando vaya acompañado de la entrega de la cosa). Sin embargo, con la LPPPD en la mano, a nuestro juicio el consentimiento de la aportación de bienes muebles tal y como está articulada la ley requerirá el consentimiento expreso recogido en la misma escritura de aportación del bien mueble. Dicha norma es una ley especial, y por tanto se aplicará los requisitos exigidos por la misma.

Es necesario poner de relieve dos cuestiones en lo atinente a este punto: en primer lugar, por lo que respecta a las formalidades y el requisito de escritura pública, a nuestro juicio es demasiado rígido, y en este caso se estará vetando la posibilidad de la

³⁹¹ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, op.cit., pág. 22.

constitución de patrimonios poco cuantiosos, por decirlo de algún modo, lo que nos lleva a la conclusión que ya se puso de relieve en un capítulo anterior, y es que la Ley está pensando en patrimonios cuantiosos. Si queremos ir nutriendo un patrimonio por muy pequeño que sea, esto no se va a conseguir estableciendo unos requisitos tan rígidos, sino que las familias utilizarán otras vías alternativas más comunes, como ir ingresando dinero en la cuenta bancaria del que sea beneficiario la persona con discapacidad.

La segunda de las cuestiones se ha de centrar en que como lo realmente necesario es que ese patrimonio únicamente responda de sus propias deudas, sí que necesitaremos algún mecanismo que dote de seguridad jurídica dichas aportaciones, que al fin y al cabo el mecanismo más idóneo sería la escritura pública. Sin embargo, a la consecuencia que podemos llegar es la misma, es decir que por exigir dicho medio no se realicen aportaciones al patrimonio. Pues bien, consideramos que en este punto el legislador lo que debería realizar es rebajar los aranceles notariales que deban pagarse por formalizar la escritura, y así las familias podrían ir ahorrando una determinada cantidad y realizar una aportación instantánea por ejemplo cada determinado tiempo. De este modo, posiblemente no se desincentivarían tanto las aportaciones.

La constitución del patrimonio protegido puede realizarse a través de un negocio *inter vivos* o *mortis causa*, es decir, en vida o muerte del constituyente, lo que plantea diversos problemas en este último supuesto. En primer lugar hay que determinar en qué tipo de testamento se puede realizar la constitución del patrimonio protegido, si en vida se requiere para su constitución el documento público. Pues bien, de todos los tipos de testamentos regulados en el Código Civil, puede aceptarse como el único válido el testamento abierto regulado en el art. 679 Cc, que según este precepto “*es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone*”. Hay que descartar *ipso facto* el testamento ológrafo, así como el testamento abierto no notarial, y los testamentos especiales. Sin embargo, ¿podría aceptarse la constitución de un patrimonio protegido en un testamento cerrado? Esta opción debería descartarse, porque no se cumplirían los requisitos formales del art. 3.3, y el Notario no tendría conocimiento de si se han establecido todos los elementos que requiere el documento constitutivo.

PEREÑA VICENTE³⁹² se plantea que en el supuesto de los padres “si el discapacitado tiene suficiente capacidad, ya hemos visto cómo sólo a él corresponde la facultad de decidir si constituye o no el patrimonio protegido, por lo que si admitimos que el padre o la madre lo pueden constituir en su testamento, podríamos estar alterando las reglas de constitución”. En el caso de que los progenitores o uno de ellos constituyan un patrimonio por la vía testamentaria, si el beneficiario no tiene capacidad de obrar no habrá ningún tipo de problema, porque al no poseer éste la capacidad requerida no podrá prestar el consentimiento al mismo. El problema puede venir determinado cuando sí tiene capacidad de obrar suficiente. En este aspecto hay dos posibles alternativas: la primera de ellas es que el beneficiario acepte la constitución del mismo con la aportación recibida, por tanto en este aspecto no hay conflicto alguno. La cuestión conflictiva se va a plantear en la segunda alternativa cuando el testador ha constituido un patrimonio protegido con los bienes que le correspondían de la herencia, y sin embargo el beneficiario con capacidad lo rechaza. Una persona puede oponerse perfectamente a recibir la donación de unos determinados bienes, sin embargo, ¿puede rechazar la parte de la herencia que le corresponde por ley, pero articulada a través de un patrimonio protegido? La solución que da la autora³⁹³ para el caso de rechazar la constitución del patrimonio es que si le corresponde la legítima, como no es posible imponer gravámenes ni condición, tiene derecho a la misma. Respecto a la parte que no es la legítima, considera que se aplica el 675 Cc y por tanto el hijo pierde su derecho a la parte de la herencia. Sin embargo, también es cierto que el artículo 1.008 del Cc faculta al heredero a repudiar la herencia debiendo realizarse de forma expresa.

Puede ocurrir además que la constitución del patrimonio protegido por la vía del testamento, afecte al resto de coherederos, por ejemplo al vulnerar las reglas establecidas en lo que corresponde a la legítima. En este caso, el art. 815 Cc señala que: “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*”. En este sentido como es posible aplicar las reglas relativas a la revocación de las donaciones, podrá aplicarse del mismo modo dicho precepto, en el caso de que uno de los coherederos reciba menos de lo que le

³⁹² PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, op.cit., pág. 79.

³⁹³ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, op.cit., pág. 80.

corresponda en concepto de legítima. Como hay que respetar la legítima de los herederos forzosos, podrán reducirse las aportaciones por inoficiosidad.

1. El contenido del documento constitutivo

El art.3.3 señala el contenido mínimo que ha de constar bien en la escritura pública o en la resolución judicial que constituya el patrimonio protegido. Este contenido exige que se determine cuáles son los bienes y derechos que inicialmente componen el patrimonio, o lo que es lo mismo, el inventario de los mismos. En segundo lugar, ha de constar las reglas de administración y fiscalización que regirán el patrimonio, incluyéndose asimismo el procedimiento de designación de las personas que integren el órgano de administración y de fiscalización si corresponde. En tercer lugar, se establece una cláusula genérica para dar cabida a cualquier disposición específica que se considere necesaria para la administración y conservación del patrimonio, por ejemplo los tipos de actos puede realizar el administrador³⁹⁴.

Por tanto, la LPPPD establece como requisitos esenciales que han de constar en el documento constitutivo: el inventario de los bienes y derechos iniciales³⁹⁵ y aquellos aspectos que guarden relación con la administración y fiscalización del patrimonio protegido. En cuanto al inventario habrá que señalar el tipo de bienes que lo integran y su valoración económica. Por lo que respecta al régimen de administración y fiscalización, lo idóneo es establecer éste lo más detalladamente posible con el fin de evitar conflictos posteriores, o lagunas de aplicación. En este supuesto podrían tener cabida por ejemplo disposiciones relativas a las causas de remoción del administrador, si se prevé la posibilidad de retribución al mismo, las causas de sustitución, el ejercicio de su cargo, si

³⁹⁴ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 191, considera que a pesar de que no lo establezca la Ley, y en virtud del art. 633 Cc, deberá constar además en el documento constitutivo, la aceptación del discapacitado o de su representante legal en el caso de la aportación de un bien inmueble.

³⁹⁵ En el Proyecto de Ley se hablaba de “relación de bienes y derechos” y no de “inventario” como en la redacción definitiva. Esta modificación se introdujo por las enmiendas de Izquierda Unida y del Partido Socialista (en concreto la número 3 y la 18 respectivamente). La justificación planteada por Izquierda Unida se basaba en que “la formación de un inventario es un mecanismo legalmente previsto en el ámbito civil y procesal civil, y que tiene una regulación concreta para constituir válidamente un inventario”. El Grupo Parlamentario Socialista por su parte alegó el mismo argumento.

son varios administradores cómo han de actuar, la resolución de conflictos entre ellos, etc. En el ámbito de la fiscalización, se podrá detallar el sistema complementario de control junto con el Ministerio Fiscal, estableciendo unos requisitos de supervisión más rígidos, la necesidad de comunicar los actos que realice el administrador, etc. Dentro de la última cláusula, se podría recoger entre otros extremos la reversión de los bienes que se aportaron inicialmente al patrimonio.

IV. EL DEBER DE COMUNICACIÓN DEL NOTARIO DE LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 1/2009, de 25 marzo, en su modificación del art. 3.3, impone una obligación a los notarios de comunicar de forma inmediata al Fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad beneficiario del patrimonio protegido, tanto la constitución como los bienes y derechos que integran ese patrimonio protegido. Dicha comunicación se llevará a cabo mediante la firma electrónica avanzada³⁹⁶. Además de la constitución y el inventario de los bienes, debe comunicar las sucesivas aportaciones que vayan realizándose al patrimonio, contenidas en escritura pública.

Podemos decir que el requisito de esta reforma es fruto del desarrollo de la sociedad de la información y del impulso de las comunicaciones telemáticas que hemos vivido en los últimos años por un lado, y por otro la necesidad de agilizar la coordinación entre distintos órganos, en este caso el Notario y el Fiscal. En concreto dicha exigencia es emanación de la Ley 24/ 2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social³⁹⁷, particularmente de los arts. 106 y siguientes. A través de dicha regulación, (que es previa a la Ley 59/ 2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica), se confiere la facultad de que los Notarios (así como registradores de la propiedad,

³⁹⁶ La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, publicada en el BOE de 20 de diciembre de 2003, núm. 304, define en su art. 3, apartado 2 la firma electrónica avanzada como: “*La firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control*”.

³⁹⁷ Publicada en el BOE de 31 de diciembre de 2001, núm. 313.

mercantiles y de bienes muebles), puedan comunicar por vía telemática los documentos correspondientes, en este caso concreto, la escritura pública de constitución del patrimonio protegido así como de las aportaciones posteriores firmadas con la firma electrónica avanzada, tal y como señala el art. 110.1 de dicha ley *“a otro notario o registrador, a las Administraciones públicas o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio”*, en este caso concreto al Fiscal correspondiente. De este modo se permite enviar la escritura pública con el suficiente nivel de garantía exigido, y por otro lado agilizar los trámites, flexibilizando en este aspecto el riguroso formalismo que reviste todo lo relativo al patrimonio protegido. El propio precepto señala que el Notario ha de comunicar inmediatamente la constitución del patrimonio, lo que implica un deber de diligencia para el Fedatario, en el sentido que una vez realizada la constitución debería proceder a su comunicación en un período de tiempo breve, debiendo evitar dilaciones temporales excesivas.

Por otro lado, este precepto nos determina el ámbito territorial donde acotar el posible surgimiento de conflictos que pueden existir con relación al patrimonio protegido de la persona con discapacidad, al señalar que se ha de remitir la constitución y las aportaciones al Fiscal correspondiente, circunscrito al domicilio de la persona con discapacidad, y no al lugar de formalización de la escritura pública. Por ese mismo motivo, será competente para conocer de las posibles controversias del patrimonio protegido, el juez de primera instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad. Ello es así, porque el constituyente del patrimonio protegido puede residir perfectamente en una población o provincia distinta a donde reside la persona con discapacidad. Igualmente el administrador del patrimonio protegido podría tener su domicilio en un lugar diferente al del constituyente y del beneficiario, por este motivo parece lo más lógico debido a la disparidad de posibles foros aplicables, elegir el de residencia de la persona con discapacidad³⁹⁸.

³⁹⁸ La Ley en estos casos toma como foro de referencia normalmente el domicilio de la persona sobre la que va a versar el proceso, o las actuaciones relativas al ámbito concreto en el que ha de intervenir bien el Juez o el Ministerio Fiscal. Por ejemplo, en el caso de los juicios sobre capacidad de las personas el art. 756 de la LEC señala que será competente el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

CAPÍTULO VI

LAS APORTACIONES REALIZADAS AL

PATRIMONIO

El artículo 4 de la LPPPD recoge el régimen jurídico de las aportaciones que se realicen al patrimonio protegido. En concreto señala:

1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.

2. Cualquier persona con interés legítimo, o con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

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

3. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos, o en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

De la lectura de dicho precepto extraemos tres rápidas conclusiones: la primera de ellas es que las aportaciones que se realizan una vez constituido el patrimonio protegido quedan sujetas a las mismas formalidades que revistió la constitución originaria del patrimonio protegido. La segunda de ellas es que cualquier persona que posea interés legítimo puede realizar aportaciones, sin embargo quedan sometidas al cumplimiento de dos requisitos: uno de ellos es que se realicen a título gratuito, y el otro es que las mismas no estén sometidas a término. Además rige el mismo procedimiento para el caso de negativa injustificada por parte de las personas que determina la Ley.

El tercer aspecto que resalta del precepto es la reversión de los bienes aportados al patrimonio protegido que puede determinar el aportante de los mismos, que será tratado en el apartado de la extinción del patrimonio.

I. LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. Personas que pueden realizar la aportación

Las aportaciones al patrimonio protegido pueden ser realizadas por cualquier persona con interés legítimo³⁹⁹. Sin embargo, se exige una capacidad determinada que es la necesaria para realizar donaciones. A este respecto hay que traer a colación el art. 624 Cc que señala que: “*Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes*”. En el caso de que las realicen terceros requieren el consentimiento de la persona con discapacidad si tiene capacidad de obrar suficiente, si no la tiene tendrán que ser los padres, tutores o curadores y en caso de negativa injustificada habrá que acudir al juez para que resuelva.

Llama la atención dos aspectos: el primero de ellos, es que no se reconozca expresamente la facultad del propio beneficiario para realizar aportaciones a su patrimonio, y en segundo lugar que desaparezca de la literalidad del precepto el guardador de hecho. Respecto de este último aspecto, cabe decir, que a nuestro juicio no tiene mucho sentido que se le conceda legitimación directa para constituir un patrimonio protegido, que es un acto de mayor trascendencia, y no se le otorgue la posibilidad de prestar el consentimiento a la aportación de un tercero, sino que como este caso se incluirá dentro de ese “tercero con interés legítimo” requerirá el consentimiento de la persona con capacidad de obrar suficiente, los padres, tutores o curadores, cuando tal y

³⁹⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, págs. 413 y 414, señala que los acogedores de una persona con discapacidad pueden realizar aportaciones al patrimonio protegido, por legitimarlo o reconocerlo el art. 15 de la LPPPD, sin embargo reconoce que ha de ser un menor con discapacidad. Respecto a su constitución, entrarían dentro de “tercero” por tanto deberían solicitar su constitución a sus padres. A este respecto expresa que “los padres, en caso de desamparo, parecen inadecuados para hacer esta constitución, pero el art. 172.1, al final señala que serán validos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres en representación del menor y que sean beneficiosos para él”.

como señala MARÍN CALERO⁴⁰⁰ “precisamente la figura del guardador es normalmente la respuesta a la ausencia de aquéllos”. Por tanto, para prestar el consentimiento según lo dispuesto en la Ley no estará legitimado, sin embargo este aspecto debería interpretarse de forma contraria y por tanto permitir que preste su consentimiento cuando un tercero va a realizar una aportación, si se acredita realmente que el guardador de hecho es quien dice ser, y no ha causado ningún perjuicio patrimonial.

CUADRADO IGLESIAS⁴⁰¹ pone de relieve la discordancia existente entre el articulado de la ley y su Exposición de Motivos, ya que en la misma al hablar de aportaciones de terceros se incluyen entre los mismos los padres, tutores y curadores, mientras que el art. 4 les otorga la facultad de aceptar o rechazar la aportación. Por este motivo se cuestiona si los representantes legales de la persona con discapacidad, los curadores y los guardadores de hecho pueden considerarse dentro de la expresión “cualquier persona con interés legítimo”. La respuesta que da es afirmativa “ya que, presumiblemente, las indicadas personas, normalmente más allegadas a la que sufre discapacidad, deben ser las más interesadas en que quien padece tal deficiencia tenga un patrimonio suficiente que satisfaga sus necesidades vitales. Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 4º de la Ley no menciona expresamente a las indicadas personas, tampoco las excluye”.

Por otro lado, el apartado tercero del art. 4 posibilita que los aportantes del bien o derecho del patrimonio protegido, determinen el destino que ha de darse a los mismos, o su equivalente, cuando se extinga el patrimonio protegido. En este aspecto hay que dilucidar a qué aportantes se les confiere dicha posibilidad y sobre la procedencia de esos bienes y derechos. En un primer término, hay que determinar este último extremo, es decir la titularidad de los bienes. Si los bienes y derechos son de la persona con discapacidad no existirá traspaso patrimonial, porque evidentemente los bienes ya son suyos y le pertenecen a él. Sin embargo, si el patrimonio se constituye o al mismo se aportan bienes que no pertenecen a la persona con discapacidad sí hay traspaso patrimonial, o mejor dicho de titularidad. En este caso es cuando se puede establecer el destino del bien aportado una vez extinguido el patrimonio protegido.

⁴⁰⁰ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.* pág. 50.

⁴⁰¹ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1141.

En lo atinente al consentimiento de la aportación cuando la realizan los padres, tutores o curadores, hemos de cuestionarnos si la misma puede hacerse sin más, o requiere el consentimiento del beneficiario. En todo caso si tiene capacidad de obrar suficiente, éste debe prestar el consentimiento a la misma aunque la Ley no disponga nada al respecto. CUADRADO IGLESIAS⁴⁰² considera que lo más prudente es que la aportación sea supervisada por el Ministerio Fiscal el cual lo pondrá en conocimiento del juez para que decida al respecto. Consideramos que éste es un aspecto muy importante, que se le ha “escapado” al legislador, y que en la práctica puede generar muchos problemas. En el caso de que la aportación la realizara por ejemplo el tutor directamente, no existirá control alguno, más que el control de legalidad que realiza el Notario. No se examinan los motivos que pueden existir de fondo para la aportación del bien o derecho. Siempre que el titular tenga capacidad de obrar suficiente se le deberá requerir su consentimiento.

En el momento de la constitución del patrimonio protegido, como se ha visto anteriormente, requiere inexorablemente, si la misma viene derivada de la voluntad de una tercera persona, de una aportación inicial de bienes y derechos. Sin embargo, el artículo 3 de la LPPPD no dispone dicha preceptividad para el caso de que lo constituyan el resto de legitimados. No obstante, la Exposición de Motivos de la LPPPD señala que *“la constitución requiere inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio”*. Por tanto, el patrimonio estará formado normalmente por una aportación originaria realizada en el momento de la constitución, que se irá nutriendo con las aportaciones posteriores que se realicen.

En otro orden de cosas, se exige al igual que en el caso de la solicitud de la constitución del patrimonio protegido por terceros, que los terceros aportantes posean “interés legítimo”. SERRANO GARCÍA⁴⁰³ considera que “requerirá de la ponderación caso por caso, sin que sea posible hacer consideraciones generales sobre la legitimidad o no del interés que anima a alguien a hacer una aportación”. Si el tercero solicita el consentimiento para realizar la aportación pero se le deniega por los legitimados que

⁴⁰² CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1142.

⁴⁰³ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 413.

reconoce la Ley, la solución es la misma que para el caso de la constitución, es decir, que será el Juez el que decida sobre la conveniencia o no de la aportación. LÓPEZ-GALIACHO PERONA⁴⁰⁴ se plantea el supuesto de que quien vaya a realizar la aportación sea el tercero que haya instado la constitución, en este sentido considera que aunque del art. 4.2, párrafo 2º parece que se desprenda lo contrario, “no habría que reunir el consentimiento de los representantes del discapacitado para una aportación posterior hecha al patrimonio protegido por el propio tercero constituyente que en su día logró constituirlo, pues ya se le requirió su asentimiento cuando se iba a constituir”.

Una duda que nos asalta es la de si en estos casos podría aceptarse la posibilidad de un consentimiento genérico, es decir, que por ejemplo los padres del beneficiario de la persona con discapacidad para el mismo aportante que va a realizar aportaciones sucesivas puedan prestar un asentimiento general para todas las aportaciones posteriores, en el sentido de que no sea necesario cada vez que vaya a realizar una aportación solicitar de nuevo el consentimiento. En este caso consideramos que podría admitirse dicha posibilidad, aunque podría argumentarse en contra que el consentimiento de la misma ha de recogerse en la escritura donde se realice la aportación posterior. No obstante, podríamos salvar dicho obstáculo si ese consentimiento genérico se ha recogido en el documento constitutivo expresamente, por tanto no habría obstáculo para impedir dicha posibilidad.

2. Aportaciones realizadas por personas jurídicas

En principio quien realiza una aportación es una persona física, no obstante podríamos cuestionarnos si una persona jurídica podría contribuir al crecimiento del patrimonio protegido entregando al mismo algún tipo de bien o de derecho, es decir, realizando una donación a la persona con discapacidad. Para ello hemos de diferenciar, si es una persona jurídica con ánimo de lucro o sin él. En este último caso, parece claro que una institución de este tipo puede realizar aportaciones, por ejemplo el caso de una

⁴⁰⁴ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, págs. 188 y 189. Sin embargo, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *opc.it*, pág. 143 señala que “si bien sería una posibilidad deseable, muchos nos tememos que no cabe en el actual sistema de la Ley, pero sería conveniente su modificación en este sentido”.

fundación destinada a la protección de personas con una determinada enfermedad que provoca una discapacidad de tipo físico, psíquico o sensorial. El caso que puede resultar más dudoso, es el referente a personas jurídicas con ánimo de lucro, es decir sociedades mercantiles o civiles. Pues bien, la respuesta nos la ofrece la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 22 de noviembre de 1991⁴⁰⁵ de forma indirecta. Los antecedentes de hecho que dieron lugar a la misma, se centran en un acuerdo que adoptó la Junta general universal de accionistas de una sociedad anónima, en la que se modificaban los estatutos de la misma permitiendo de este modo que cada año se destinara parte de su beneficio a efectuar donaciones a las fundaciones benéficas que promovía dicha sociedad. Una vez que dicho acuerdo se elevó a escritura pública, al presentar dicho documento ante el Registro Mercantil para su inscripción, se denegó entre otros motivos por ser dicho acuerdo de los socios contrario “al ánimo de lucro de toda sociedad mercantil”.

La DGRN en el Fundamento Tercero señala literalmente que: *“Ciertamente, en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran (vid. arts. 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio, 48 a) y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, estas notas definidoras no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima-Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica naturaleza (vid. art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas)-cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo”*.

Por tanto, no habría inconveniente para que una sociedad civil o mercantil pueda realizar aportaciones al patrimonio protegido de una persona con discapacidad siempre y cuando cumpla con los requisitos que se imponen en la LPPPD. Por ejemplo, si una sociedad cuenta con un trabajador que posee un hijo con discapacidad, al que sus padres

⁴⁰⁵ RJ 1991\8637

han constituido un patrimonio protegido, no habría impedimento alguno para que los representantes legales de la entidad pudieran realizar una aportación de una cantidad de dinero al mismo para aumentarlo.

3. Bienes que pueden ser aportados

En principio pueden aportarse cualquier tipo de bienes y derechos con valor económico siempre que sean susceptibles de generar rentas para poder satisfacer y sufragar las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Lo idóneo es que sean fructíferos y que sean susceptibles de uso, en el sentido de que vayan generando rentas, para evitar caer en una situación estática del patrimonio que impida generar nuevos rendimientos. Por ejemplo, si se aporta al patrimonio protegido una finca que produce una cantidad cuantiosa de algún producto, la venta de los mismos genera dinero que por el principio de subrogación real entra a formar parte del patrimonio, por sustitución de los frutos que ha producido el bien inmueble. Se podría considerar que los bienes que en sí mismos no producen rentas, no tendrían cabida dentro del patrimonio protegido, sobre todo si son de extraordinario valor, por ejemplo un cuadro de un pintor renombrado. Sin embargo, es cierto que si el mismo se ha recibido por legado o herencia, no habría que rechazar dicha aportación por no generar rendimientos, o productos, ya que puede ser enajenado, y con la consiguiente contraprestación económica que se recibiera sufragar las necesidades vitales del beneficiario del patrimonio protegido.

No se establece una cuantía determinada en la aportación inicial de los bienes y derechos (salvo la imprecisión del art.3.2 párrafo primero), ni mucho menos para las aportaciones posteriores a su constitución, a diferencia de que lo sí se pretendía para las fundaciones de asistencia singular en la “Propuesta de Ley reguladora del estatuto patrimonial del discapacitado” elaborada por el CEF y el CERMI.⁴⁰⁶

En otro orden de cosas, como han de aportarse al patrimonio protegido cualquier tipo de bienes y derechos que posean contenido económico o patrimonial, como dinero,

⁴⁰⁶ La cuantía que se preveía como dotación inicial era la correspondiente a quince millones de pesetas, o noventa mil euros.

bienes inmuebles, derechos como el usufructo, etc., no podrán aportarse aquellos otros que tienen un carácter personalísimo o intransmisible. Sin embargo, la práctica unánimidad de la doctrina acepta que cuando el constituyente ha sido la propia persona con discapacidad, puede aportar derechos personalísimos como es el caso de una creación intelectual, o en el segundo caso, derechos intransmisibles como es el derecho de uso o habitación⁴⁰⁷.

¿Pueden aportarse bienes que posean algún tipo de carga o gravamen como una hipoteca? La respuesta a esta afirmación entendemos que ha de ser negativa, ya que se estaría trasladando un gravamen a la persona con discapacidad, y más que beneficiarle la aportación, lo que le estaría provocando es un perjuicio, sobre todo si por ejemplo el gravamen o la carga se ha constituido para garantizar una deuda que tenía el aportante frente a terceros. Al transmitir el bien gravado, se estaría perjudicando a la persona con discapacidad que podía verse privado del bien, si no se ve satisfecho el crédito del tercero que está garantizado con la aportación realizada por el aportante deudor del tercero.

Por otro lado podemos encontrarnos con una persona que quiera realizar una aportación de un bien, pero que sin embargo pertenece a su vez a otro sujeto, es decir que dos personas son titulares de un mismo bien, o lo que es lo mismo que existe una comunidad tal y como señala el art. 392 del Cc. Estos casos pueden ser de diversa índole, desde un bien ganancial que pertenece a un matrimonio cuyo régimen económico matrimonial es la sociedad de gananciales, a un bien adquirido por título hereditario por dos hermanos, etc. Para el caso de la comunidad de bienes si uno de los copropietarios quiere aportar el bien al patrimonio de una persona con discapacidad requerirá el consentimiento del otro. En caso de que el otro copropietario no conceda el mismo para la aportación, porque él no quiera aportar su parte, la solución nos la otorgan los arts. 400 y siguientes del Cc. Tal y como señala el art. 400 nadie está obligado a permanecer en comunidad, por lo que se puede solicitar la división de la cosa común con las reglas concretas que deban aplicarse atendiendo a la naturaleza del bien. Una vez que se produce por decirlo de algún la disolución, el aportante ya podrá entregar el bien para su

⁴⁰⁷ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 189. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 145. MARTÍNEZ DÍE, R., *La constitución del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 175 señala que han de entenderse excluidos el trabajo o los servicios, y en general las prestaciones de hacer y de no hacer.

integración en el patrimonio de la persona con discapacidad. Si es un bien ganancial se requerirá el consentimiento de ambos, en caso de negativa la solución es más conflictiva, ya que dichos bienes van destinados a sufragar las cargas del matrimonio. Posiblemente si uno de los cónyuges se niega a prestar su consentimiento, no podrá realizarse la aportación.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Exposición de Motivos señala que *“Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil, o en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente”*. Por tanto la Exposición de Motivos nos está señalando la aplicación de las reglas de las donaciones o de la herencia cuando se ha realizado la aportación a través de acto *mortis causa*.

1. La gratuidad de las aportaciones al patrimonio protegido

Lo primero que hay que señalar, es que las aportaciones que se realizan en el patrimonio protegido se han de realizar a título gratuito, lo que nos está indicando que estamos ante verdaderas donaciones. Por tanto al ser la LPPPD una ley especial habrá que tener en cuenta las reglas establecidas en la misma al respecto, y supletoriamente o en todo aquello que no esté dispuesto expresamente en dicha ley, tendremos que acudir al Cc, para la reglamentación establecida para las donaciones, en concreto en los artículos 618 y siguientes. ¿Qué reglas específicas que rigen la donación pueden aplicarse a las

aportaciones del patrimonio protegido? Hay que adelantar que todos los preceptos del Cc no van a ser de posible aplicación por entrar en conflicto con la finalidad de la LPPPD.

La propia Exposición de Motivos ya señala que no se modifican las reglas generales de los actos y negocios jurídicos contenidos en el Cc, determinando expresamente que por ejemplo se pueden revocar las donaciones por las causas que se señalan en el mismo. Por tanto, una vez que se realiza la aportación al patrimonio protegido, podría revocarse la misma (aunque no sería lo deseable siempre) por la concurrencia de los hechos que se regulan los artículos 644 y siguientes del Cc:

a) Por la supervivencia o superveniencia de hijos del aportante (art. 644): si una persona con interés legítimo ha aportado un bien concreto, y posteriormente a dicho acto tiene descendencia, o si teniendo un hijo aquél tenía el conocimiento de que éste estaba fallecido pero no lo está, podrá revocar dicha donación a través de la acción de revocación, con el fin de que la persona con discapacidad le restituya los bienes o su valor. En este sentido, parece “chirriar” o “chocar” un poco este precepto con la finalidad de la ley. Si se realiza una aportación a una persona con discapacidad que, posiblemente, pueda ayudarle a satisfacer muy positivamente sus necesidades vitales, y posteriormente se permite la revocación de la misma, probablemente pueda causarle un perjuicio considerable más que un beneficio. Por tanto entendemos que más que la revocación, podría ser más beneficioso para las partes la cláusula de reversión.

b) El segundo supuesto de revocación podrá venir determinado por la aplicación del art. 648 Cc, que faculta dicha posibilidad para el caso de ingratitud del donatario, o en este caso en concreto, de la persona con discapacidad, a cuyo patrimonio se ha realizado la aportación, por tres motivos: a) por la comisión de un delito contra la persona, el honor o bienes del aportante; b) por la denegación indebida de alimentos; c) si la persona con discapacidad imputa al aportante algún delito que da lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, delitos penales básicamente, aunque lo pruebe; a menos que se cometieran contra la persona con discapacidad, su cónyuge o hijos. Por ejemplo, en el primer caso podría ser que la persona con discapacidad injuriase o calumniase gravemente a la persona que ha realizado la aportación al patrimonio protegido. La segunda causa pudiera referirse a la obligación de alimentos entre

cónyuges, si se le niega los mismos al cónyuge que ha realizado la aportación de un bien concreto.

c) ¿Se puede aplicar el art. 647 del Cc para el caso de revocación por incumplimiento de las cargas o condiciones que impuso el donante al donatario?. En este supuesto la respuesta dependerá de si se aceptan para el caso de las aportaciones al patrimonio protegido, las donaciones modales u onerosas, es decir, aquellas que implican una obligación de cumplimiento por parte de la persona a la que se realiza la donación, siempre y cuando la obligación o gravamen sea inferior al valor de la cosa donada. En este punto, a nuestro juicio podría aceptarse la validez de la donación modal u onerosa si por ejemplo la carga es del tipo donar un bien inmueble a una persona con discapacidad, pero debiendo ésta hacerse cargo del pago de aquellos gastos que vayan intrínsecamente ligados a la condición del bien. Es decir, los gastos ordinarios de luz, agua, gastos de escalera, o el impuesto de bienes inmuebles. Por otro lado, si la donación modal implica un sacrificio para la persona con discapacidad, no debería poderse realizar por atentar contra el espíritu de la Ley. Por tanto, si se acepta la validez de una aportación de este tipo, podría revocarse la misma en aplicación del art. 647, si en el ejemplo señalado la persona que ha recibido el bien inmueble no sufraga los gastos correspondientes. Sin embargo, también es cierto lo que manifiesta CUADRADO IGLESIAS⁴⁰⁸ sobre la consideración de que la persona con discapacidad tenga o no capacidad de obrar suficiente. Es decir, si se establece una donación condicional o no, hay que analizar si la persona beneficiario tiene o no capacidad de obrar suficiente para el cumplimiento de la misma. Además hace extensible este criterio a las revocaciones por ingratitud en los siguientes términos: “si éste carece de capacidad de obrar, tal ingratitud no se podrá alegar para revocar la aportación, pero si la persona con discapacidad posee capacidad de obrar suficiente, tendrá lugar la revocación, siempre que pueda imputársele aquella de acuerdo con su capacidad de obrar (cfr., principalmente, arts. 647 y 648 CC.). Estas circunstancias, lógicamente, serán de aplicación judicial aunque no se declare judicialmente la incapacitación del beneficiario”.

⁴⁰⁸ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, op.cit., pág. 1142

En otro orden de cosas, el art. 639 regula las donaciones con reserva de la facultad de disponer por parte del donante⁴⁰⁹, SEDA HERMOSÍN⁴¹⁰ rechaza la aplicación de la misma para el caso del patrimonio protegido, incluso las donaciones con reversión salvo para el caso de la extinción del patrimonio, aceptando por otra parte la admisión de donaciones con reserva de usufructo. En el caso de la reversión de los bienes la propia Exposición de Motivos faculta dicha posibilidad al establecer que: *“asimismo, cuando la aportación es realizada por un tercero, y por tercero se entiende cualquier persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores, constituyentes del mismo, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime oportuno. Sin embargo, esta facultad del aportante tiene un límite, ya que la salida del bien o derecho aportado del patrimonio protegido tan sólo podrá producirse por extinción de éste, lo que elimina la posibilidad de afecciones de bienes y derechos a término”*.

2. Prohibición de aportaciones realizadas a término

Otro de los requisitos que se exige para la realización de aportaciones al patrimonio protegido, es que no estén sometidas a término⁴¹¹. Como ya se ha reiterado en diversas ocasiones, el patrimonio protegido va íntimamente ligado a la condición de discapacidad, por tanto se extinguirá cuando dicha circunstancia desaparezca, bien sea por su pérdida o por el fallecimiento de la persona beneficiaria. Ello implica que las aportaciones que se realicen al patrimonio protegido, no pueden hacerse por un periodo temporal determinado, sino que deben efectuarse de forma permanente hasta la extinción

⁴⁰⁹ Art. 639: *Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado.*

⁴¹⁰ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, op.cit., pág. 19.

⁴¹¹ LUCINI NICÁS, J.A., *La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial...*, op.cit. pág. 1625, considera a este respecto se impide “por un lado la elusión por vía de fraude de ley tanto de las normas fiscales como de las normas civiles que puedan establecer por vía directa o indirecta la obligación de la aportación, por ejemplo, art. 3.2 de la propia ley o las obligaciones impuestas a este respecto por últimas voluntades”.

de dicha masa patrimonial. Esto por lo que respecta al término final⁴¹², sin embargo ¿cabe la posibilidad de someter una aportación a término inicial?, es decir determinar a partir de qué momento surten efectos las aportaciones. PEREÑA VICENTE⁴¹³ acepta dicha posibilidad al entender que “con ello no se vulnera la prohibición de que los bienes salgan del patrimonio protegido”. En cierto sentido la aportación al término inicial podría entenderse como válida, por ejemplo si el aportante señala que “te otorgaré la casa el lunes que viene, cuando liquide el correspondiente impuesto sobre bienes inmuebles”. En este caso sí podría aceptarse dicho término, en el sentido que empezará a surtir efectos la aportación el día en que se pague el impuesto correspondiente. Sin embargo ésta no es la posición que adopta GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴¹⁴ que señala que no pueden someterse a término ni inicial ni final las aportaciones que se realicen al patrimonio protegido, ya que la LPPPD no hace tal distinción al efecto, Sin embargo sí considera que existe un término final y es el de la muerte del beneficiario del patrimonio protegido, “pues en cuanto que la Ley permite prever el destino de los bienes o derechos aportados a la muerte del beneficiario, en el fondo está contemplando la admisibilidad de una aportación limitada en el tiempo, durante la vida del discapacitado, a término”.

HERBOSA MARTÍNEZ⁴¹⁵ entiende al respecto que “en primer lugar, parece justificado en cierta medida que no se admita el término final, pues quizá con ello se podrían crear expectativas de una situación económica que no podría mantenerse cuando el término llegue. Sin embargo, este argumento no es muy convincente, pues ya se sabe de antemano (*certus an incertus quando*) y, obviamente, es mucho mejor disfrutar de unos bienes durante diez años que nada (...). En definitiva, que no alcanzamos a comprender el sentido de la prohibición del término; bien es verdad que se podía pensar que esta prohibición es en realidad un beneficio en cuanto obliga a hacer las aportaciones

⁴¹² SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 19, considera que tampoco el propio beneficiario puede establecer la aportación que realiza a término, pues la finalidad de la ley no lo permite, si se admitiese dicha posibilidad se estaría produciendo una especie de extinción parcial del patrimonio protegido por la voluntad de la persona beneficiaria. Y en el caso de la condición rechaza toda aquélla “que implique o represente de alguna forma para el discapacitado, la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, o la de asumir carga o gravamen de tipo alguno, por estar en contra de la finalidad perseguida por la ley”.

⁴¹³ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, pág. 81.

⁴¹⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág.

⁴¹⁵ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El patrimonio especial del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 1940.

con carácter definitivo, pero también es verdad que puede disuadir a quien podría hacer una aportación limitada en el tiempo”.

La LPPPD expresamente prohíbe las aportaciones a término, sin embargo podemos cuestionarnos si cabe una aportación sometida a condición, ya que la ley guarda silencio en este aspecto⁴¹⁶. En el caso de la constitución del patrimonio protegido, vimos como la misma podía quedar supeditada a la condición suspensiva de la adquisición de la condición de persona con discapacidad. Sin embargo, las aportaciones directamente no pueden quedar sometidas a dicha condición, porque se requiere en primer término la constitución del patrimonio protegido que se producirá cuando la persona posea una discapacidad. Al no prohibirlo expresamente la norma, podríamos entender que sí que cabría someter la aportación a condición siempre y cuando sea suspensiva y no resolutoria, y pueda beneficiarle y ayudarle a satisfacer sus necesidades vitales. Por ejemplo, una condición de este tipo puede ser la aportación de la mitad del premio de la lotería en caso de que le toque al futuro aportante.

En otro orden de cosas, las aportaciones al igual que la constitución podrán realizarse a través de un negocio *inter vivos* o *mortis causa*. En el caso de que se realice a través de un negocio *inter vivos*, se aplicarán las reglas ya analizadas anteriormente para el caso de las donaciones. Sin embargo, el régimen para las aportaciones a través de una disposición testamentaria difiere en algunos aspectos. Obviamente es necesaria su aceptación, ya que en caso contrario estaríamos frente un caso de herencia yacente, podríamos decir “parcial”, quedando la misma en suspenso hasta su aceptación. Lo primero que hay que hacer al igual que en el caso de la constitución es observar la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, por tanto, si la posee deberá aceptar o

⁴¹⁶ Una de las enmiendas que se plantearon en la redacción de la ley 1/2009, fue la número 12 del Grupo Parlamentario Popular sobre este aspecto. La misma pretendía modificar el texto del apartado 2 del artículo 4 con la siguiente redacción: “2. *Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito*”. La justificación que se daba al respecto era la siguiente: “No beneficia en absoluto la exigencia de que las aportaciones no puedan someterse a término. Si el aportante quiere aportar con un término resolutorio o suspensivo será por algún motivo y siempre con la intención de beneficiar al titular del patrimonio protegido, impedir esta modalidad sólo dificultará que se integren más bienes en el patrimonio protegido. Además la redacción actual plantea la duda de si se pueden someter a condición o si pueden aportarse bienes que ya tengan un término resolutorio previo a la aportación (por ejemplo por estar sujetos a una sustitución fideicomisaria). Todo ello lo único que hace es dificultar que se integren bienes a este patrimonio”.

rechazar la aportación. En caso de que la rechace, los bienes o derechos no podrán integrarse en el patrimonio protegido. En caso de que la acepte, no habrá problema y la misma pasará a formar parte del mismo.

Sin embargo, en caso de que no posea capacidad de obrar suficiente deberán ser los padres, tutores o curadores los que la acepten, con la precisión de que aceptar la herencia sin beneficio de inventario es uno de los actos que requieren autorización judicial por estar incluidos dentro del catálogo de supuestos del art. 271, y cuya aplicación analógica se realiza para los administradores cuando el constituyente del patrimonio protegido no es la persona con discapacidad. Como muy bien considera CUADRADO IGLESIAS⁴¹⁷ “esto podría evitarse si se hubiese configurado el patrimonio protegido como un patrimonio especial en cuanto al régimen de su responsabilidad, y se hubiese tratado directamente como un patrimonio separado normal, de tal manera que con él no se respondiese de cualquier deuda y, consecuentemente, no sería necesario el beneficio de inventario”.

⁴¹⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1143.

CAPÍTULO VII

LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO

PROTEGIDO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 5 contiene el régimen de administración del patrimonio protegido estableciendo unas directrices básicas que deben regir el mismo. Sin embargo, la LPPPD concede total autonomía para que la persona que constituye el patrimonio pueda establecer las reglas que considere oportunas, siempre y cuando no sean contrarias a este precepto. El mismo señala que:

1. 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.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente. En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1991.

La Ley 1/2009 de 25 de marzo añade un último párrafo en los siguientes términos.

En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria”.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente 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.

4. 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.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no pueden 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.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.

De una lectura conjunta de este precepto junto la Exposición de Motivos, se pueden apuntar una serie de consideraciones generales. La primera de ellas, y así se señala expresamente, es que el concepto de administración abarca los actos de disposición. La Ley 1/2009, de 25 de marzo, ha introducido una precisión señalando que no son actos de disposición el gasto de dinero ni el consumo de bienes fungibles que forman el patrimonio protegido, cuando se destinen a satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

La segunda consideración es que con independencia de la procedencia de los bienes, el régimen de administración se regirá por las reglas impuestas por el constituyente del patrimonio protegido, por tanto lo primero que hay que tener en cuenta es si el constituyente ha sido la propia persona con discapacidad, el cual habrá determinado si va a ser él propiamente el administrador del patrimonio, o dicha función va a recaer en un tercero distinto a él.

Por otro lado, se dispone expresamente que cuando el administrador no sea la persona con capacidad de obrar suficiente beneficiaria del patrimonio, revestirá la consideración de representante legal para los actos relacionados con el patrimonio protegido, y no requerirá la actuación de los padres o el tutor de la persona con discapacidad para que el acto que realice sea válido.

Se faculta o permite asimismo que las entidades que no posean ánimo de lucro y que estén especializadas en la atención a las personas con discapacidad puedan administrar el patrimonio protegido de las mismas.

Señalar además, que se exige en determinados casos la autorización judicial para los mismos supuestos que el tutor regulados en los arts. 271 y 272 Cc, y por último decir que a pesar de que no se diga expresamente, puede ser administrador del patrimonio cualquier persona con independencia de haberlo constituido, o haber realizado aportaciones⁴¹⁸.

La administración del patrimonio protegido que realiza la persona o personas nombradas a tal efecto, difiere en algunos aspectos de la administración que llevan a cabo los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos, y los tutores respecto sus pupilos, obviamente en el ámbito patrimonial⁴¹⁹. Se puede decir que es más amplia o posee una mayor libertad, pero a su vez es más restringida que la administración de los padres y los tutores, por circunscribirse a la finalidad concreta de satisfacer las necesidades vitales del beneficiario del patrimonio. Es más amplia porque el administrador va a gestionar todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, circunstancia que puede no manifestarse en el caso de los padres y tutores. A este respecto, y para clarificar dicho argumento hay que traer a colación los arts. 164 y 227 Cc. El primero de ellos que regula la administración de los bienes de los hijos y excluye de la misma diversos bienes, interesándonos aquí la primera y segunda excepción. En la primera se excluyen los bienes

⁴¹⁸ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1143, señala a este respecto que esa es la característica de la flexibilidad que rige el patrimonio protegido, así como su amplitud pero no en el sentido de que la LPPPD realiza una regulación extensa de la administración, sino que recoge dentro de los actos de administración los de disposición.

⁴¹⁹ En términos generales así, lo dispone MORETÓN SANZ, M.F^a., “La figura del administrador del patrimonio especialmente protegido: Reflexiones sobre su régimen jurídico”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, v.I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pág. 1189.

que se han adquirido por título gratuito cuando el disponente lo ha ordenado de forma expresa, mientras que la segunda excepción contempla como excluidos de la administración paterna los bienes que se adquieren por sucesión cuando uno o los dos ejercientes de la patria potestad han sido desheredados injustamente o no han podido heredar por causa de indignidad, en este caso los bienes serán administrados por la persona que ha designado el causante, o en su defecto por el otro progenitor o un administrador judicial. El art. 227 por su parte recoge la posibilidad que el donante a favor de un menor o incapacitado establezca las reglas de administración y designe quien sea administrador, y en este caso las funciones que no se le hayan conferido al administrador le corresponderán al tutor⁴²⁰. En este sentido el administrador del patrimonio protegido tiene encomendada la administración de todos los bienes del patrimonio con independencia de quien los ha aportado, sin embargo, esto no tiene porque ocurrir en el caso de los tutores y los padres, según estos preceptos, por establecerse expresamente que determinados bienes queden sustraídos de su administración.

Sin embargo, la administración del patrimonio protegido se encuentra con diversas salvaguardas que la hacen más limitada, para evitar que se produzca un perjuicio patrimonial. En primer lugar posee un régimen de supervisión específico, en segundo lugar necesita de la autorización judicial para los mismos casos que la requiere el tutor aunque existen excepciones a tal regla, y en último lugar el límite lo marca la propia teleología de la norma, en el sentido de que todos los actos han de ir encaminados a satisfacer las necesidades vitales del titular del patrimonio, circunstancia que no ha de darse necesariamente en la patria potestad y la tutela.

⁴²⁰ En términos similares se pronuncia el art. 94 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón. Dicho precepto señala que: 1. *El que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, puede establecer reglas de gestión, así como nombrar o excluir al administrador. Las funciones no conferidas al administrador, incluida la prestación de la debida asistencia, corresponden a los padres o al tutor.*

2. *El nombramiento del administrador no será eficaz sino desde la adquisición de la donación, herencia o legado.*

3. *El donante o causante pueden excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos relativos a estos bienes.*

4. *Cuando por cualquier causa cese o no pueda actuar el administrador, a falta de sustituto voluntario, administrarán los padres o el tutor salvo si resultare con claridad que fue otra la voluntad del disponente. En este caso se nombrará un tutor real.*

II. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO: NOMBRAMIENTO Y CAUSAS DE REMOCIÓN DEL CARGO

El administrador del patrimonio protegido es la persona que nombrado por el constituyente del patrimonio protegido, o bien en caso excepcional por el juez, se encarga en términos generales de ser el representante de la persona con discapacidad, para los actos relativos al patrimonio protegido, así como conseguir que éste sirva de forma efectiva a satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Por tanto es el constituyente, y no los aportantes, los que pueden determinar quién es el administrador y el fiscalizador de esta masa patrimonial. A este respecto MARÍN CALERO⁴²¹ no obstante, realiza una precisión y es que “en realidad, tanto el administrador como el fiscalizador, cuando exista, son parte del órgano de administración, de modo que tal distinción no afecta más que a la complejidad de dicho órgano”.

La figura del administrador es esencial, hasta tal punto que podría considerarse como una de las personas clave en todo lo relativo al patrimonio protegido, ya que tiene encomendada una función trascendental “al ponerse en sus manos” que la persona con discapacidad pueda vivir tranquilamente sabiendo que sus necesidades van a verse satisfechas, por existir una persona que va a desplegar toda la diligencia y esfuerzo que le es exigido con el fin de evitar que la persona con discapacidad de algún modo quede desamparada .

Lo más probable es que la persona que tenga conferida la administración del patrimonio general, sea la que se encargue del patrimonio protegido, pero en el supuesto de que no sea así esto puede plantear numerosos interrogantes. Como posteriormente veremos, en este aspecto podemos encontrarnos problemas prácticos que pueden perjudicar al beneficiario del patrimonio. En este caso, y en primer término si no existe una coordinación directa entre ambos administradores, lo idóneo sería que ambas representaciones recayeran sobre la misma persona ya que nada impide que la administración del patrimonio protegido la pueda ostentar la persona quien legalmente tenga la administración del patrimonio general.

⁴²¹ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 50.

1. La persona jurídica como administradora del patrimonio protegido

Por lo que respecta a quien puede ser administrador, lo más frecuente es que sea una persona física a la que se le encomiende dicha labor. No obstante, se señaló que la Exposición de Motivos reconocía la posibilidad de que fuera una institución no lucrativa y dirigida a la protección de las personas con discapacidad la que pudiera llevar a cabo la administración del patrimonio protegido. Este caso estaría pensado por ejemplo para el supuesto de centros de personas con discapacidad, o residencias para personas mayores cuando éstos no posean ningún familiar que puedan prestarles la atención debida, o las fundaciones tutelares expresamente reconocidas en el art. 242 Cc⁴²². Por tanto para que una persona jurídica pueda ser administradora de un patrimonio protegido se requieren dos requisitos:

- a) Que sea una institución no lucrativa⁴²³.
- b) Que su función sea proteger a las personas con discapacidad.

El primero de los requisitos está excluyendo directamente a las sociedades de capital, o mercantiles, es decir, que no podrán ejercer dicha función aquellas sociedades que se dirijan a obtener ganancias para sus socios o participantes. No obstante LEÑA FERNÁNDEZ⁴²⁴ considera que no tiene nada que ver con que la entidad no lucrativa cobre alguna cantidad por los servicios que realiza. El segundo de los requisitos es un poco más problemático porque unánimemente se ha cuestionado si es preceptivo que conste dicha función o fin de forma expresa en los estatutos de la entidad. La doctrina no tiene una

⁴²² ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., págs. 1012 y 1013 considera que: “Al igual que han surgido fundaciones tutelares, lo ideal sería que surgieran instituciones sin ánimo de lucro que en su objeto fundacional recogiesen la protección de las personas con discapacidad y se especializaran en la administración de patrimonios protegidos o, en general, de administración de patrimonios personales de personas con discapacidad o dependientes. Pensemos en todas las personas mayores que van perdiendo sus capacidades y se ven solas (como ponen de manifiesto las asociaciones que les atienden), en muchas ocasiones son mayores con grandes patrimonios que acaban siendo expoliados poco a poco, sin que exista una solución adecuada para la administración de estos patrimonios”.

⁴²³ Este aspecto ha sido criticado por la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema, en el sentido de que si el patrimonio protegido puede estar formado por participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles, puede resultar que una entidad que se dedique a gestionar dichos bienes, aunque tenga finalidad lucrativa, puede ser más adecuada para gestionarlos que una entidad que no tenga finalidad lucrativa, debido a la especialización de aquellas en la gestión de dichos bienes.

⁴²⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 67.

respuesta única para dicha cuestión, así FÁBREGA RUIZ⁴²⁵ considera que se aplica rígidamente el art. 242 Cc y se exige que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados de forma expresa, sin permitir un fin de carácter general pero benéfico, serían escasas las entidades que podrían realizar tal función y por tanto su opinión es la de decantarse por “una interpretación amplia que permita el nombramiento como tutor a personas que tengan como fines estatutarios, por ejemplo, la salud del enfermo mental, la rehabilitación de drogadictos y alcohólicos, etc. Será la autoridad judicial la que, actuando en beneficio del tutelado, deberá valorar la competencia e idoneidad de la persona jurídica a la que nombra tutor”.

Se cuestiona LEÑA FERNÁNDEZ⁴²⁶ si hay que trasladar el contenido del art. 242 para el caso del administrador del patrimonio protegido. Considera que con la remisión que realiza el art. 5.5 LPPPD al art. 242 se permite que sean entidades sin ánimo de lucro que estén especializadas en la atención de personas con discapacidad, sin necesidad de que entre los fines estatutarios figure la protección de menores e incapacitados. Consideramos también esta postura acertada, en el sentido de que es suficiente con que entre los fines de la entidad conste la atención a las personas con discapacidad. Podrá entonces ejercer la función de administradora. Por ejemplo, si una entidad se encarga de la protección y cuidado de enfermos de Alzheimer avanzado, la misma podrá encargarse de administrar el patrimonio protegido de alguno de los enfermos que estén bajo su cuidado, lo que no es óbice para que exista una valoración judicial de la idoneidad de la misma para realizar dichas funciones. Parece que existan reticencias al respecto cuando se habla de que la entidad que está protegiendo a una persona con discapacidad, gestione su patrimonio, por miedo a su administración fraudulenta en perjuicio de la persona con discapacidad, y en beneficio de la entidad. Sin embargo, entendemos que estos riesgos serán similares cuando la administración de un patrimonio protegido la lleve a cabo un tercero que no sea por ejemplo familiar directo de la persona con discapacidad. La clave de toda esta problemática no será tanto quien es la persona idónea para llevar a cabo dicho función, sino el sistema de control y supervisión que se establezca al respecto.

⁴²⁵ FÁBREGA RUIZ, C.F., “Cuestiones prácticas de incidencia del Derecho en el ámbito de las personas con discapacidad intelectual”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, 2ª ed., Fundación Aequitas, Madrid, 2005, pág. 327.

⁴²⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 68.

2. El nombramiento de administrador

El cargo de administrador ha de recogerse o constar expresamente en el documento constitutivo del patrimonio, porque es un requisito indispensable para la constitución del mismo. Sin embargo, también es cierto que el nombramiento podrá venir determinado de forma directa, es decir, nombrando concretamente en la escritura de constitución la persona específica que ha de realizar la administración, o bien podrá preverse de forma indirecta tal y como señala el art. 3.3.b) LPPPD al hablar de procedimiento de designación de las personas que formarán parte del órgano de administración. LEÑA FERNÁNDEZ⁴²⁷ considera que el nombramiento “directo” corresponderá en caso de constitución del patrimonio por acto *inter vivos*, mientras que el segundo supuesto será frecuente en la constitución *mortis causa*. Más que aplicar un nombramiento directo o indirecto vinculado al tipo de constitución que se realice, puede tener más relevancia en el tipo de patrimonio que se vaya a administrar. Es decir, a nuestro juicio un patrimonio de gasto, no muy cuantioso pero suficiente para cubrir las necesidades básicas no requerirá un sistema de designación tan complejo, ya que el administrador únicamente tendrá que intentar que dicha satisfacción de las necesidades vitales se lleve a cabo. Por el contrario, será más frecuente que un patrimonio de ahorro de una cuantía ya bastante elevada pueda requerir una administración mucho más compleja, en la que pueda concurrir un órgano de administración como tal, y no un único administrador, con unas reglas concretas de designación de administradores.

Sin embargo, puede ocurrir que en la práctica no pueda nombrarse administrador según las disposiciones establecidas en el documento constitutivo por ejemplo porque haya fallecido antes del nombramiento. Para este supuesto concreto el art. 5.6 LPPPD nos concede la solución, que se concretará en la solicitud por parte del Ministerio Fiscal al juez para que provea lo que corresponda. En este sentido, será el juez el que determine o señale en quien recaerá la función de administrador del patrimonio protegido.

La parca regulación realizada por la LPPPD por lo que respecta al régimen aplicable a la figura del administrador, plantea muchos interrogantes, lo que nos lleva a buscar una institución similar regulada en el Cc para poder aplicar supletoriamente dichas

⁴²⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 60.

normas⁴²⁸. Parece que la institución que más se asemeja es la del tutor, sobre todo si tenemos en cuenta que la propia LPPPD dispone que el administrador es el representante legal de la persona con discapacidad en lo atinente a los actos derivados del propio patrimonio protegido. Es más, podemos abogar por dicha aplicación analógica porque la Ley realiza dos remisiones expresas a la regulación de la tutela, en lo que se refiere a la prohibición para ser tutor, y la necesidad de autorización judicial para los mismos

⁴²⁸ Esto sin embargo, no ocurría en el Borrador que realizó la Fundación Aequitas que en sus artículos 5 a 7 recogía un régimen de administración mucho más detallado. En el artículo 5 se contenía la denominada administración familiar que disponía:

1. *Los estatutos del patrimonio protegido establecerán la forma de administración del patrimonio protegido, que podrá ser familiar o institucional.*
2. *El patrimonio protegido de administración familiar será regido-para la realización de su objetivo estatutario- por un Consejo de Gobierno, que funcionará como órgano de administración y representación en el tráfico jurídico, y actuará siempre en nombre de la persona discapacitada que sea su titular.*
3. *El Consejo tendrá carácter colegiado y estará integrado por al menos tres miembros, que elegirán de entre ellos a un presidente si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los estatutos. Son miembros de pleno derecho los titulares de la patria potestad o, en su defecto, el tutor o tutores. El constituyente puede designar a varias personas concretas para el ejercicio del cargo de consejo y excluir a otras.*
4. *El ejercicio del cargo de consejero es personalísimo. El Consejo en ningún caso podrá delegar sus facultades, salvo lo previsto en el artículo 3.2.*
El cargo no da lugar a retribución, pero los consejeros tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de sus funciones les ocasione. Los miembros del Consejo no podrán otorgar acto o negocio alguno que tenga por objeto bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, ya sea en nombre propio o de un tercero.
5. *El cese de los consejeros de este patrimonio protegido se producirá en los supuestos siguientes:*
 - a) *Por muerte o declaración de fallecimiento, incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad.*
 - b) *Por la pérdida del ejercicio o la titularidad de la patria potestad o la remoción de la tutela, cuando hubiesen sido nombrados consejeros por su condición de padres o tutores.*
 - c) *Por el transcurso del plazo, por cese en el cargo por el que fueron nombrados y por renuncia.*
 - d) *Por no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal o no administrar el patrimonio con la diligencia de un gestor prudente, así como por otras causas válidamente establecidas en los estatutos; en estos supuestos la destitución deberá ser acordada en resolución judicial.*

El artículo 6 recogía la administración institucional en los siguientes términos:

1. *La administración de uno o varios patrimonios protegidos podrá ser confiada a una entidad sin fines lucrativos que reúna los requisitos que reglamentariamente se determinen.*
2. *Los bienes y derechos que integren un patrimonio protegido que sea administrado institucionalmente no responderán de las obligaciones propias de la entidad sin fines lucrativos que los administre.*

El artículo 7, por su parte reglamentaba la disposición o gravamen de los bienes del patrimonio protegido:

1. *Para la disposición o el gravamen de los bienes y derechos de cualquier naturaleza que integren un patrimonio protegido, se estará a lo dispuesto por el aportante al tiempo de su aportación y, en defecto de previsión específica, se observará lo establecido en los estatutos.*
2. *Tanto los estatutos del patrimonio protegido, con carácter general, como cada acto de aportación a aquél, con referencia exclusiva a su objeto, podrán excluir la autorización judicial para los actos de disposición o gravamen sobre la totalidad de los bienes aportados, cualquiera que sea su naturaleza y valor.*
3. *Si nada se hubiese previsto, la autorización judicial exigida en su caso por la ley podrá ser sustituida por el consentimiento prestado al efecto, y manifestado en escritura pública, por los dos parientes más próximos del titular del patrimonio protegido, que no formen parte del Consejo de Gobierno.*
4. *Esta facultad corresponderá, de ser llamados a ejercerla, a los dos parientes consanguíneos, de uno u otro sexo, que tengan plena capacidad para disponer, pertenezcan uno a la línea paterna y otro a la materna y, dentro de cada una de ellas, sean los más próximos en grado al titular del patrimonio protegido.*

supuestos que la necesita él. No obstante, los padres de una persona con discapacidad menor de edad, o con patria potestad rehabilitada o prorrogada por haber cumplido la mayoría de edad la misma, pueden ser administradores del patrimonio protegido. En este caso en concreto se aplicarán las reglas ordinarias del ejercicio de la patria potestad reguladas en los arts. 154 y siguientes del Cc, porque sí expresamente hay una regulación concreta para un caso concreto, no tiene sentido que apliquemos las reglas de otra diferente.

En otro orden de cosas, LÓPEZ -GALIACHO PERONA⁴²⁹ considera que existen diversos preceptos en sede de tutela que pueden aplicarse al régimen del administrador del patrimonio protegido, por ejemplo el caso del art. 221 Cc. que establece una serie de prohibiciones para el tutor. En este caso no podrá recibir liberalidades de la persona con discapacidad o de sus herederos, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión; no podrá representar a la persona con discapacidad cuando en el acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses; y por último no podrá adquirir a título oneroso bienes de la persona con discapacidad o transmitirle bienes del mismo modo. El art. 234 es otro precepto que se considera de posible aplicación, es decir, el orden de preferencia para ejercer el cargo de administrador en caso no que no se haya designado, o una vez designado el mismo no acepte el cargo.

La administración del patrimonio protegido la determina el constituyente del mismo pero ¿puede señalar el aportante algún tipo de precisión sobre la administración del patrimonio?. Desde el punto de vista de la LPPPD no cabe dicha posibilidad, ya que el régimen de administración ha de recogerse como se ha reiterado en diversas ocasiones en el acto constitutivo, y únicamente las personas que lo constituyen pueden establecer el régimen de gestión del mismo. Esto ha llevado a recibir críticas por parte de la doctrina de dicha restricción, como es el caso de LEÑA FERNÁNDEZ⁴³⁰ que señala al respecto que:

⁴²⁹ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio...*, *op.cit.*, pág. 196.

⁴³⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 61 y 62, señala además que “ante esa falta de lógica, podría argumentarse que el legislador ha optado por no admitir la complejidad que supondría que en el patrimonio protegido hubiese unos bienes sometidos a una administración y otros a otra. Y, consecuentemente, deja que el aportante de esos bienes de mayor valor pueda optar entre aportarlos al patrimonio constituido, y que se modifiquen las reglas de administración si así lo consiente el constituyente o lo autorizan las reglas de administración que se hubiesen incorporado, o bien convertirse él mismo en constituyente y aportar esos bienes a otro patrimonio protegido que constituya, lo que le permitirá nombrar al administrador que prefiera y establecer las reglas de administración que

“resulta sin embargo injusto, por carecer de toda lógica-jurídica, que una persona pueda constituir un patrimonio protegido con una cantidad pequeña y decidir todo respecto a la administración de todos los bienes de ese patrimonio, cualquiera que sea su procedencia, como apunta la Exposición de Motivos, mientras que el aportante a ese patrimonio de otros bienes de gran valor no pueda decir nada en materia de administración del mismo”. Considera que una interpretación amplia de la Ley, podría incluir dentro de los supuestos de exclusión de bienes relativos a la administración de los representantes legales regulados en el Cc, el caso de la exclusión de los bienes que se han aportado al patrimonio protegido por un tercero respecto de la administración de la persona que ostenta la representación legal que sería el nombrado por el constituyente. Señala que “parece razonable pensar que si un donante del C.c. puede establecer esa exclusión de la administración para los representantes legales propios (padres o tutores del donatario), que lo son respecto a la totalidad de un patrimonio general universal, con mucho más razón lo podrá hacer un aportante de la Ley 41/2003 respecto a un representante legal impropio (el del beneficiario del patrimonio protegido) que sólo lo es de un patrimonio especial”⁴³¹.

A favor de la redacción de la ley, hay que señalar que a nuestro juicio si cada persona que realiza una aportación al patrimonio protegido pudiera determinar la administración de los bienes que ha aportado, la situación en la que se vería el administrador sería bastante compleja y “caótica”. Parece más flexible establecer las directrices generales en el momento de la constitución, aunque se limita la voluntad del aportante sin justificación alguna.

En último lugar, por lo que respecta a la remoción del cargo de administrador hay que señalar que en el documento constitutivo podrán señalarse las causas de remoción del mismo, que pueden producirse entre otros motivos por:

- a) una mala gestión del patrimonio,
- b) por provocar un daño a la persona con discapacidad,
- c) por incumplir las obligaciones inherentes a su cargo.

estime oportunas. Entiendo, no obstante, que es mucha más la complejidad que puede plantearse de la constitución de dos o tres patrimonios – solución a que los aportantes podrían verse abocados ante la intransigencia de la Ley- que la que puede derivarse de la constitución de un solo patrimonio protegido en la que se integren bienes que se sometan a distinta administración.”

⁴³¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 63.

Lo adecuado sería que vinieran las causas tasadas para evitar conflictos al respecto en el documento constitutivo. En este sentido, se ha podido prever que en el caso de renuncia o remoción del administrador, deba ejercer dicha función otra persona designada también en el documento constitutivo. Por tanto, en el momento en que se produzca la remoción, el administrador sustituto empezará a ejercer sus funciones. Sin embargo, puede ocurrir que desde la sustitución del cargo del primer administrador hasta que empieza a ejercer el cargo el segundo puede existir un intervalo de tiempo donde la administración quede en suspenso. Si en este caso no se ha dispuesto ninguna previsión se podría poner en conocimiento del MF, a nuestro juicio por cualquier persona que tenga conocimiento de dicha situación, para que lo comunicara al juez y éste adoptará las medidas provisionales sobre el régimen de administración que considere adecuadas.

3. La pluralidad de administradores

En un esquema sencillo y muy básico, la administración del patrimonio protegido y del patrimonio personal la llevaría a cabo un único administrador. Sin embargo, asimismo puede nombrarse un administrador específico para el patrimonio protegido, y otra persona como el tutor por ejemplo que gestione el patrimonio personal. Puede darse el supuesto también, de que la persona con discapacidad tenga un patrimonio cuantioso y que para el caso del patrimonio protegido se determine que exista un administrador para los bienes inmuebles o derechos que recaigan sobre los mismos, y uno para los bienes muebles; y por otro lado, exista un tutor o varios que administren el patrimonio general, incluso uno que se encargue del patrimonio, y otro de la esfera personal de la persona con discapacidad. En resumen, podemos encontrarnos desde una situación muy sencilla en la que en la misma persona recaen ambas funciones, a situaciones en las que pueden existir incluso cuatro o más personas que lleven a cabo dichas funciones, lo que en la práctica puede llevar a si no existe una verdadera coordinación o un régimen concreto y claro de administración, un perjuicio para el beneficiario.

El Cc contiene supuestos de concurrencia de administradores de bienes, como es el caso de los arts. 164.1º y 2º, y el 227. Ya observamos como el régimen de administración entre el patrimonio protegido y el patrimonio personal es discordante. Por

su parte CUADRADO IGLESIAS⁴³² señala al respecto que “la finalidad que persigue la Ley 41/2003 podría haberse conseguido, en gran medida, con una simple adición al artículo 164 del Código civil, ya que habría bastado disponer que la misma regla (la de los números 1º y 2º indicados) se aplicaría en relación con las personas con discapacidad”.

Sin embargo, la realidad es bien distinta, ya que la LPPPD no ha previsto la posibilidad de que existan varios administradores ni ha determinado unas directrices básicas para regular esta situación, que se agrava cuando concurren situaciones previstas en el Cc con lo dispuesto en la LPPPD. A este respecto, lo oportuno sería que el constituyente del patrimonio protegido hubiera considerado esta situación y señalara en caso de concurrencia de varios administradores la solución que debiera darse, estableciendo como han de resolverse los posibles conflictos que surjan entre las personas que se encargan de gestionar los patrimonios, o bien entre los gestores de los patrimonios y aquellas personas que se encarguen de la tutela personal de la persona con discapacidad. Por ello, podría incluirse por ejemplo una cláusula que determine que en caso de conflicto entre intereses, ha de primar aquél que redunde en la satisfacción de la necesidad más básica o vital en detrimento de otras secundarias, o aquéllas que produzcan un menor perjuicio para la persona con discapacidad. Hemos de tener presente que siempre ha de primar su interés, por tanto todas las actuaciones han de ir encaminadas a beneficiarle. Es más, incluso el constituyente podría establecer una especie de jerarquía de necesidades, en función de las características concretas de la persona con discapacidad que sirviera como referencia a la actuación de los administradores.

El problema, no obstante, puede manifestarse sí a pesar de establecerse esas previsiones, sigue sin existir acuerdo. En este caso, debería ser el juez el que solucione dicha cuestión, sin perjuicio de que si el conflicto ha surgido como consecuencia de una mala gestión por parte de uno de los administradores, podría ser revocado del cargo al considerar que está perjudicando los intereses de la persona con discapacidad.

Por otro lado la LPPPD sólo habla de procedimientos de designación, ello ¿implica qué únicamente han de constar en el documento de constitución el

⁴³² CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, op.cit., pág. 1146.

nombramiento de los administradores?⁴³³ La respuesta ha de ser negativa, y a pesar de que la ley no haya dispuesto nada al respecto, lo más favorable es que el constituyente disponga de forma expresa, otros aspectos como las causas de remoción de los administradores del patrimonio, para evitar que sea el Juez el que decida; establecer el régimen de actuación de los administradores si son plurales, es decir, si su actuación ha de ser mancomunada o no, el sistema de sustitución, reglas de solución en caso de discordancia de voluntades etc.

En este sentido, va a ser muy difícil establecer un sistema de reglamentación adecuado y perfecto, ya que como el patrimonio protegido tiene vocación de permanencia, las circunstancias pueden variar sustancialmente y por tanto no adecuarse las reglas de administración iniciales a la situación actual. Por ejemplo, si en un principio las reglas establecidas se basaban en un patrimonio de ahorro cuantioso, por lo que se había configurado un sistema de administración acorde a sus caracteres, en el que intervenían varios administradores los cuales recibían una retribución, y por determinadas circunstancias al cabo de los años este patrimonio disminuye, pasando a configurarse como un patrimonio de gasto que únicamente puede hacer frente a lo básico, está claro que posiblemente no sean necesarios varios administradores, y mucho menos se podrá permitir el patrimonio otorgarles una remuneración. Por tanto, las reglas previstas inicialmente no se adecuarán al régimen actual del patrimonio protegido y habrá que proceder a modificarlas⁴³⁴.

⁴³³ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 51, considera que hay que entender incluido dentro del término designación otros aspectos como los administradores sustitutos, las causas de remoción, etc., ya que “tal posibilidad está amparada tanto en el propio término designación [de los administradores], como en el cajón de sastre del último párrafo del artículo 3 o como en la norma del punto 6, del artículo 5, todos de la Ley”.

⁴³⁴ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 51. Por lo que respecta a este punto señala que “tratándose de figuras destinadas a durar en el tiempo, quizá por toda la vida de una persona, parece difícil que los constituyentes sean lo bastante previsores como para establecer desde el principio reglas de administración adecuadas para todas las posibles vicisitudes en que se vean inmersas. De modo que, o bien se limitan a unas cuantas vaguedades o se arriesgan a imponer reglas que devengan inoportunas y quizá de muy gravoso o imposible cumplimiento”.

4. Constitución por la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente

Si la persona con discapacidad, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente, es la que ha constituido el patrimonio se pueden plantear dos supuestos: o bien que sea la propia persona con discapacidad la que administre su propio patrimonio, o bien que encomiende dicha gestión a una tercera persona con independencia de que la misma haya realizado o no una aportación al patrimonio protegido. La propia Exposición de Motivos así lo reconoce cuando señala que: *“Dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad, cuando ella misma haya constituido el patrimonio, sea porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero”*.

Si la administración corresponde a la persona con discapacidad, debe actuar conforme a las reglas que ha dispuesto en el acto constitutivo. Puede ocurrir que la persona con discapacidad que está administrando el patrimonio pierda su capacidad, y por tanto la condición de administrador. En este caso el propio beneficiario ha podido prever dicha posibilidad, y en la escritura pública hubiera establecido qué persona sería la encargada de sustituirla.

Otra posibilidad que puede manifestarse y que se cuestiona RUBIO TORRANO⁴³⁵ es qué ocurre en el caso de que el beneficiario-constituyente que ha previsto su futura incapacitación determina que quien administraba el patrimonio protegido lo siga administrando sin necesidad de la autorización judicial. La respuesta que da a este planteamiento es la siguiente: *“si partimos de la base de que los actos realizados por el tutor sin la preceptiva autorización judicial deben considerarse radicalmente nulos por cuanto la finalidad del artículo 271 obedece a la protección a ultranza de los intereses del incapacitado, habrá que interpretar muy estrictamente la voluntad del discapacitado, luego incapacitado, en orden a lo dispuesto para el caso de su incapacitación”*. A nuestro juicio,

⁴³⁵ RUBIO TORRANO, E., *El patrimonio del discapacitado...*, op.cit., pág. 332.

en este caso si se procede a la incapacitación de la persona con discapacidad, el juez puede nombrar tutor posiblemente a la persona que está administrando el patrimonio, por entender que existe una relación de confianza, al encomendarle una función tan importante como es la de la satisfacción de las necesidades vitales. En este supuesto se puede entender que la función de tutor y administrador pueden confundirse, o dicho de otro modo que la figura de administrador quede subsumida dentro de la función de tutor, por tanto será preceptiva la aplicación del artículo 271, bajo la pena de nulidad de las actuaciones que no hayan recabado la autorización pertinente. En caso de que no recaiga dicha función en la misma persona, como veremos más adelante es posible que el constituyente que ha sido la propia persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente haya determinado la supresión de la autorización. El obstáculo se presentará en el caso de que se le incapacite judicialmente.

Otra cuestión que se suscita, es la de si el juez en el proceso de incapacitación de la persona con discapacidad, puede revocar por decirlo de algún modo su voluntad, y nombrar administrador a una persona distinta de la que designó el beneficiario del patrimonio protegido en el momento en el que aún poseía capacidad de obrar suficiente. Está claro que la voluntad de la persona con discapacidad debe primar en todo momento cuando posee capacidad de obrar suficiente. Por tanto debe respetarse siempre y en la medida de lo posible, su voluntad. Sin embargo, en el momento que pierda la capacidad, no implica que las reglas que se hayan establecido en el acto constitutivo sean inamovibles e inmutables, ya que en caso contrario significaría que no podrían modificarse las reglas de administración por haber perdido el constituyente la capacidad, y por tanto se correría el riesgo de que el administrador dilapidara el patrimonio de la persona con discapacidad, causándole un perjuicio patrimonial.

En otro orden de cosas, hay quien plantea el cargo de administrador como un mandato⁴³⁶ que con la nueva redacción del art. 1732 Cc no se extingue por incapacitación sobrevinida del mandante.

⁴³⁶ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El patrimonio especial del discapacitado...*, op.cit., pág. 1942.

5. Administración establecida por persona distinta al beneficiario del patrimonio protegido

En este punto podemos encontrarnos diversas cuestiones de dudosa interpretación, sin embargo un aspecto que unánimemente considera la doctrina criticable⁴³⁷ es que se requiera autorización judicial, cuando sean los padres de la persona con discapacidad los que estén llevando a cabo la administración del patrimonio, por entender que se les estaría aplicando un régimen más estricto que el que se aplicaría en la situación ordinaria del régimen de la patria potestad.

5.1. La autorización judicial para los actos de los arts. 271 y 272 Cc

En principio, cuando las reglas de administración son dispuestas por persona distinta al beneficiario del patrimonio protegido al igual que en el caso de constitución por la persona con discapacidad, habrá que atender a lo que se ha señalado en el documento constitutivo. Sin embargo, existe una diferencia básica entre la constitución por la persona con discapacidad y los restantes legitimados y es que en este último supuesto ha de constar preceptivamente la necesidad de autorización judicial para realizar los mismos actos que requiere el tutor.

Estos son los que determinan los artículos 271 y 272 Cc, o bien las normas de Derecho civil foral o especiales que se apliquen en su defecto⁴³⁸. Los supuestos del Cc son:

⁴³⁷ RUBIO TORRANO, E., *El patrimonio del discapacitado...*, op.cit., pág. 333.

⁴³⁸ En el caso del Código de Familia de Cataluña hay que remitirse para los actos patrimoniales al art. 212.1 que expresa:

“El tutor o tutora o, en su caso, el administrador o administradora patrimonial necesitan autorización judicial o la del consejo de la tutela, si lo hay, para: a) Enajenar bienes inmuebles, gravarlos o subrogarse en un gravamen preexistente sobre bienes inmuebles que no suponga la adquisición simultánea del inmueble gravado por un precio en cuya fijación se tenga en cuenta la existencia del gravamen, enajenar o gravar embarcaciones y aeronaves inscribibles, establecimientos mercantiles o industriales o elementos de los mismos que sean esenciales, derechos de propiedad intelectual e industrial y objetos de arte o preciosos, así como enajenar o renunciar a derechos reales sobre dichos bienes, con excepción de las redenciones de censos. b) Enajenar o gravar acciones o participaciones sociales. No es necesaria la autorización, sin embargo, para enajenar, al menos por el precio de cotización, las acciones cotizadas en bolsa ni para enajenar los derechos de suscripción preferente. c) Renunciar a créditos. d) Aceptar herencias sin beneficio de inventario y renunciar a donaciones, herencias o legados, aceptar legados y

- a) Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, educación o formación especial.
- b) Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, celebrar contratos o realizar actos de carácter dispositivo susceptibles de inscripción, aunque se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- c) La renuncia de derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado.
- d) Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, su repudiación o las liberalidades.
- e) Realizar gastos extraordinarios en los bienes.

donaciones modales u onerosas. La denegación de la autorización judicial para dichas renunciaciones supone la aceptación de la transmisión. Si se trata de una herencia, se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario. e) Otorgar arrendamientos sobre bienes inmuebles por un plazo superior a quince años. f) Dar y tomar dinero en préstamo. g) Ceder a terceras personas los créditos que el tutelado o tutelada tenga contra ellas o adquirir a título oneroso los créditos de terceras personas contra el tutelado o tutelada. h) Avalar o prestar fianza, o constituir derechos de garantía de obligaciones ajenas por un plazo superior a diez años. i) Constituir o adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad de sus socios, así como disolver, fusionar o escindir dichas sociedades. j) Transigir en cuestiones relacionadas con los bienes o actos indicados en este apartado 1 o someterlas a arbitraje.” El apartado 3 matiza que: “No se precisa autorización para los actos relativos a los bienes adquiridos por donación, herencia o legado, si el donante o causante la ha excluido expresamente”.

La Ley de Derecho de la persona de Aragón recoge dichos actos en los arts. 11 a 13. En el primer precepto se dispone que: “1. El representante legal del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para rechazar cualquier atribución gratuita a favor de éste. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución. 2. También precisa autorización previa para aceptar donaciones modales u onerosas. En caso de denegación, se entenderá rechazada la donación”.

El art. 12 hace referencia a los actos de disposición: “1. El representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para: a) Realizar actos de disposición sobre inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor extraordinario u objetos de arte o preciosos. Se exceptúa la enajenación de acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el de cotización en bolsa. b) Realizar actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades usuales. c) Renunciar a derechos de crédito. d) Dar y tomar dinero a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con derecho real de obligaciones ajenas. e) Dar en arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años, computándose a estos efectos el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato. f) Adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad de las personas que formen parte de las mismas. g) Transigir o allanarse.

2. No será necesaria la indicada autorización para tomar dinero a préstamo o crédito, incluso por vía de subrogación, para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte del menor, aun con garantía real sobre los bienes adquiridos”.

Por último el art. 13 preceptúa: “El tutor del menor que no ha cumplido los catorce años necesita también la autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para: a) Hacer gastos extraordinarios en los bienes. b) Presentar demanda judicial o arbitral en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. c) Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado. d) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título”.

- f) Entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo que se trate de asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- g) Ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- h) Dar y tomar dinero a préstamo.
- i) Disponer a título gratuito bienes y derechos del tutelado.
- j) Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.
- k) Se requerirá aprobación judicial (no autorización) para la partición de la herencia y la división de cosa común que realice el tutor (art. 272 Cc).

Obviamente la letra a) ni la f) se aplicarán al caso del administrador, por no ser actos estrictamente patrimoniales circunscritos al patrimonio protegido.

Esta preceptividad en la necesidad de recoger en el acto constitutivo la autorización judicial en los mismos casos que el tutor, no es una imposición inmutable, ya que el apartado siguiente suaviza dicha exigencia al establecer dos excepciones: que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, o si el juez por las circunstancias concurrentes la exime. Sin embargo, la doctrina⁴³⁹ considera que a pesar de no establecerlo expresamente la norma, debería entenderse que en caso de que los padres estén ejerciendo la patria potestad sobre un menor o mayor incapacitado y con discapacidad, y que son a su vez los administradores del patrimonio protegido no deberían aplicarse los arts. 271 y 272, sino los arts. 154 y ss del Cc por ser los preceptos que regulan la patria potestad, con independencia de que su hijo con discapacidad esté o no incapacitado. Obviamente no se entiende bien que si existen unos preceptos destinados expresamente a regular su actuación, se apliquen los que corresponden a la tutela, que pueden ser más limitativos o restrictivos para su actuación. Parece que la norma con las remisiones que realiza a la tutela no se “fíe” de la actuación de los progenitores, imponiéndoles en ocasiones ciertas salvaguardas que no se exigen si el hijo no está incapacitado judicialmente o posee una discapacidad. Un cuarto supuesto que podríamos entender en el que no debería requerirse la autorización judicial, es el supuesto en que el administrador ha sido nombrado por la propia persona con discapacidad que posee capacidad de obrar suficiente, habiendo determinado en las reglas de constitución su

⁴³⁹ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, op.cit., pág. 99.

exención. Sin embargo, consideramos que a pesar de que no estuviera recogida expresamente dicha exención, siempre y cuando el administrador fuera a realizar uno de los actos que requiere autorización, bastaría con la aprobación de la persona con discapacidad, obviamente porque si posee capacidad prestará el consentimiento para que se realice dicho acto. Hemos de tener en cuenta que a pesar de que el administrador no sea la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, ésta debe participar en la medida de lo posible en los actos que tengan trascendencia para su patrimonio, y tener conocimiento de las actuaciones que se están llevando a cabo al respecto.

Sintetizando cuatro serían los supuestos de excepción a la autorización judicial⁴⁴⁰:

- a) Que el titular del patrimonio protegido que tenga capacidad de obrar suficiente haya constituido el patrimonio y haya determinado en el régimen de administración la supresión de la autorización judicial.
- b) Que el titular del patrimonio tenga capacidad de obrar suficiente, aunque no haya constituido él mismo el patrimonio.
- c) Por dispensa judicial.
- d) Que la administración la realicen los padres de la persona con discapacidad que ejercen la patria potestad.

En el caso de que el Juez por las circunstancias concurrentes dispense el requisito de autorización judicial, surge la cuestión sobre qué actos puede recaer dicha dispensa. Por ejemplo, si puede suspenderse la autorización para varios actos de análoga naturaleza, o para uno en concreto, sobre un tipo específico de bienes, etc. Es decir, esta excepción es un tanto genérica y puede acarrear problemas en la práctica, además digamos que la misma viene condicionada a circunstancias de muy diversa índole, como señala expresamente el art. 5.3: a) la composición del patrimonio, b) las circunstancias personales de su beneficiario, c) las necesidades derivadas de su minusvalía, d) la solvencia del administrador, e) cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. En principio se puede aceptar que el juez decreta que los actos sobre determinados bienes concretos no requerirán a partir de ese momento autorización judicial, sin embargo las circunstancias que en un momento dado son propicias para admitir la dispensa de la autorización, pueden cambiar y perjudicar en cierto modo a la persona con discapacidad.

⁴⁴⁰ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., págs. 1013 y 1014.

En aras a garantizar la seguridad que ha de imperar en este ámbito, parece más razonable que se realice la exención sobre actos concretos, sin embargo, esto implicaría un entorpecimiento o lentitud en la gestión del patrimonio si el administrador ha demostrado que su actuación está siendo favorable.

En otro orden de cosas, GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁴¹ se cuestiona si para los actos que se recogen en el art. 272 se requiere autorización judicial, o como el precepto señala aprobación judicial una vez realizado. Considera que para este caso parece que rija el sistema de autorización judicial, “pues la Ley 41/2003 no se remite al régimen de aprobación posterior sino que tan sólo se remite al contemplado en dicho precepto para exigir autorización judicial”. Se cuestiona además si es un desconocimiento por parte del legislador del sistema de tutela o la intención de modificar el sistema del art. 272, considerando como opción más acertada esta segunda. No obstante, podría entenderse que para el caso del art. 272 se requiera aprobación judicial posterior a la celebración del acto, y no de autorización para el mismo. El art. 5.2 señala como hemos visto, que el documento público de constitución en el caso de que el constituyente del patrimonio sea el beneficiario, ha de contener la obligatoriedad de la autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, “conforme a los arts. 271 y 272 del Código Civil”. A nuestro juicio ese “conforme” nos hace pensar que no es que se exija previa autorización sino aprobación posterior, es decir parece que adecúa esa previsión de la necesidad de que el juez sea el que permita realizar esos actos en concreto a las disposiciones de los arts. 271 y 272, máxime cuando son actos que pueden beneficiar directamente a la persona con discapacidad,

Obviamente y como señala unánimemente la doctrina en virtud del art. 6.3 si se realiza un acto que requiere autorización judicial sin la misma, se considerará nulo de pleno derecho. Pero ¿y si ese acto que se ha realizado y que en principio es nulo ha favorecido a la persona con discapacidad?. En este supuesto el Juez debería valorar el beneficio que le ha podido causar al beneficiario. LÓPEZ-GALIACHO PERONA⁴⁴² señala además que puede aplicarse para el caso de que el administrador sea persona distinta del beneficiario, el régimen de la rescisión para aquellos actos que no pueden celebrarse sin

⁴⁴¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 159.

⁴⁴² LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio...*, *op.cit.*, pág. 194.

la autorización judicial, cuando según el art. 1291.1 Cc sufran una lesión en más de una cuarta parte del valor de las cosas que han sido objeto de aquéllos.

5.2. La supresión del requisito de venta en pública subasta

En otro orden de cosas, la LPPPD ha excluido de forma expresa la necesidad de la subasta pública para la enajenación de los bienes que conforman el patrimonio protegido⁴⁴³. Éste requisito se ha exigido desde la LEC de 1881 para la venta de los bienes de los menores e incapacitados por sus tutores, a excepción de la enajenación por los padres que ostentan la patria potestad sobre sus hijos, según el art. 2.015 fruto de la modificación operada por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, sobre Modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁴⁴.

⁴⁴³ En el período de elaboración de enmiendas al texto normativo, se plantearon en el Congreso de los Diputados dos a este respecto, una del Grupo parlamentario federal de Izquierda Unida (la núm. 8), y otra del Partido Socialista (núm. 20). La primera de ellas pretendía sustituir el último párrafo del art. 5.2 por el siguiente: “Respecto a la enajenación de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido resultará de aplicación lo establecido en el Libro III de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil”. La justificación se basaba en los siguientes términos: “Genera mayor seguridad jurídica la remisión al Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que junto a la subasta judicial se regulan otros mecanismos posibles e incluso preferentes a la propia subasta judicial, como la venta judicial sin subasta (art. 640 Código Civil) la encomienda a entidad especializada en la venta (art. 641 Código Civil). La enmienda del Grupo Socialista pretendía la modificación del art. 5 en los siguientes términos: “2. [...] Serán de aplicación para la enajenación de bienes o derechos que integran el patrimonio protegido las disposiciones del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, por sí o a través del Ministerio Fiscal, podrán solicitar del Juez competente la excepción de la autorización judicial para determinados actos que lo requieren según el apartado anterior, en atención a la composición del patrimonio [...] análoga naturaleza y siempre que no se trate de bienes inmuebles o que comporten disposiciones patrimoniales superiores a seis mil euros. 4. [...] 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. 5. [...] fueran aplicables, ni las personas inhabilitadas para el ejercicio de actividades patrimoniales o mercantiles. 6. [...] a solicitud del Ministerio Fiscal o de la propia persona con discapacidad siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.” La motivación de la misma era la siguiente: “Resulta más adecuado que la remisión que el Proyecto hace a las normas de jurisdicción voluntaria en esta materia se hicieran a las normas de ejecución judicial del Libro III de la LEC, que incluye otros medios posibles e incluso preferentes de venta judicial antes que la subasta.

También se modifica la redacción del apartado 3 para limitar los supuestos de excepción de autorización judicial, limitando a determinados actos y siempre que no sean inmuebles o disposiciones patrimoniales de cierta envergadura.

En el apartado 4 se incluye una salvaguarda del patrimonio protegido, para evitar actos de disposición, afianzamiento o garantía simulada que pudiera hacerse con los bienes que integren el patrimonio protegido, pero que no guardan relación con dicha masa patrimonial.

Por último, se recoge la imposibilidad para ser administrador a las personas inhabilitadas para el ejercicio de actividades patrimoniales o mercantiles”.

⁴⁴⁴ BOE de 1 de junio de 1989, núm. 130.

Sin embargo la jurisprudencia menor está realizando una aplicación analógica de dicho precepto para la enajenación de los bienes de la persona incapacitada, como enseguida observaremos. El requisito de la venta en pública subasta se regula en los arts. 2011 a 2030 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de 3 de febrero⁴⁴⁵. En este caso podemos encontrarnos ante la situación de que por determinadas circunstancias es necesario enajenar algunos de los bienes que conforman el patrimonio protegido para la obtención de liquidez y poder así satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad. Antes de la LPPPD, se requería como se acaba de apuntar que la venta de los bienes de las personas incapacitadas se hiciera en pública subasta, sin embargo desde la promulgación de la Ley este requisito ha desaparecido para los bienes que forman parte del patrimonio protegido⁴⁴⁶. ¿Qué ocurre si la persona del patrimonio protegido es una persona incapacitada judicialmente? Es decir, a pesar de que el titular del patrimonio sea una persona incapacitada judicialmente, como el art. 5.2.4 establece que no se requerirá la subasta pública para los bienes que forman el patrimonio protegido y la LPPPD es una ley especial, deberá aplicarse la misma. Como se ha señalado anteriormente ya existen

⁴⁴⁵ Art. 2011: “Será necesaria autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de menores o incapacitados en los supuestos que así establezca el Código Civil”.

Art. 2012: “Para decretar la enajenación o gravamen será necesario: 1º. Que la pidan:

- a) El padre o la madre que tengan la patria potestad de su hijo menor. Si éste fuere mayor de doce años, firmará también la petición.
- b) El padre o la madre que tengan la patria potestad prorrogada sobre un hijo incapacitado, que prestará o no su conformidad, con arreglo a lo que disponga la sentencia declaratoria de la incapacidad.
- c) El tutor de un menor de edad. Si éste fuera mayor de doce años deberá ser oído.
- d) El tutor o curador de un incapacitado, si así lo permite la sentencia declaratoria.
- e) El sujeto a tutela o curatela, cuando no le haya sido prohibido o cuando lo haga con la conformidad del tutor o curador.

2º. Que se exprese el motivo de la enajenación o gravamen y la finalidad a que se debe aplicar la suma que se obtenga.

3º. Que se justifique la necesidad o utilidad de la enajenación.

4º. Que se oiga al Ministerio Fiscal.”

Art. 2015: “La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de derechos de todas clases, excepto el de suscripción preferente de acciones, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos, y valores mobiliarios que no coticen en bolsa.

Exceptúense de esta regla las ventas hechas por el padre o por la madre con la patria potestad. Estos podrán realizarla sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria”.

⁴⁴⁶ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 1012 a este respecto considera que: “Es una pena que no se haya aprovechado la norma para suprimir totalmente la necesidad de subasta pública con carácter general en toda venta de bienes y derechos de menores o personas incapacitadas. De hecho, en la práctica, se solicita al juez que exonere de la forma de subasta pública, pero obliga a los representantes legales a realizar una documentación más compleja. Ninguna protección o ventaja obtiene el menor o discapacitado de la enajenación en subasta pública, lo lógico sería suprimir con carácter general esta disposición”.

pronunciamientos de la jurisprudencia menor que exigen dicho requisito para la enajenación de los bienes de las personas incapacitadas.

Por ejemplo, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de marzo de 2005⁴⁴⁷ que decide sobre la autorización judicial para la enajenación de la mitad indivisa de una finca por parte de la tutora sobre el bien inmueble de la persona con incapacidad. La sentencia señala que el art. 5 de la LPPPD ha tenido gran impacto sobre la materia y que *“lleva a tener por innecesaria la sumisión de la autorización de la venta de menores al requisito de la pública subasta”*. Por lo que respecta a la supresión del requisito de la pública subasta dispone que: *“Y así es por cuanto que, constituido ese patrimonio formalmente o no, es lo cierto que las reglas de administración para el patrimonio del incapaz o discapacitado a la fecha actual, pasa por la sumisión a las reglas de la expresada Ley de conformidad con su finalidad tuitiva de los intereses del titular del patrimonio protegido, so pena de conferir a la expresada Ley un carácter formal del que carece en lo que se refiere a la protección de los derechos de los más necesitados. Y es de aplicación directa porque no puede serlo analógica, ya que para el caso de la venta de bienes de incapacitados sí existe el artículo 2015, por lo que no puede aplicarse de manera análoga una norma a un caso que tiene regulación específica; entiende pues la sala que el precepto que comentamos es de aplicación directa a las ventas de bienes de incapacitados sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de éste, puesto que, en suma, en el caso contrario 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 aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta,*

⁴⁴⁷ JUR 2005\144287.

estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil”⁴⁴⁸.

En el caso de la Audiencia Provincial de Cáceres en su auto de 12 de marzo de 2004⁴⁴⁹ se conocía sobre el recurso de apelación interpuesto frente a la propuesta de auto de 14 de noviembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia de Logrosán en el que se decidía no autorizar a la tutora de su padre incapacitado judicialmente la enajenación de los bienes propiedad del mismo si no se realizaba en pública subasta, alegando la infracción del art. 2015 de la LEC de 1881. En este caso lo que se intentaba dilucidar era la aplicación de este precepto al caso concreto, sobre todo a la luz de la Ley 41/2003. El auto en el Fundamento de Derecho Segundo dispone que: *“No obstante esta Sala entiende que el indicado precepto no debe aplicarse de forma automática en la medida en que resulta imprescindible ponderar – como finalidad última que preside la institución tutelar- el beneficio e interés del tutelado, siempre bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (artículo 216 del Código Civil), de manera que, efectivamente, puede ser más beneficioso para el tutelado el que la venta de sus bienes se realice de forma directa, máxime cuando la venta en pública subasta no la contempla expresamente el Código Civil (sólo exige la autorización judicial ex artículo 271.2º del referido Texto Legal), y sí, en cambio, el que el Juez pueda establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado”*. Considera además la Audiencia que la Ley 41/2003 no finaliza la controversia relativa a la aplicación o no del art. 2015 porque esa norma se refiere exclusivamente al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, y no en concreto a los bienes de las personas incapacitadas, por ser ámbitos diferentes. Señala que: *“entiende la Sala que la prescripción comprensiva de la innecesiedad de la pública subasta, así como de la no aplicación del Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, viene referida exclusivamente a la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, sin que, por tanto, suponga ni la derogación tácita del artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, ni que este último precepto no pudiera aplicarse a las enajenaciones de menores e incapacitados. Sin embargo, y, atendiendo a los razonamientos que anteriormente se*

⁴⁴⁸ En los mismos términos resuelve la Audiencia Provincial de Cantabria en la sentencia de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008\277).

⁴⁴⁹ JUR 2004\97010.

explicitaron, si se considera que el artículo 5.2 de la Ley 41/2.003, 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, es susceptible de aplicación analógica en la medida en que, con el máximo rigor, en poco o en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estimen adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil”.

Como bien señala GÓMEZ COLOMER⁴⁵⁰ “mediante este acto se pretende proteger a los menores e incapaces, estableciendo la licencia judicial como garantía de que la enajenación, gravamen o transacción sobre sus bienes no les perjudicará”. Sin embargo, en ocasiones aquellas previsiones o medidas que se establecen para favorecer a determinados colectivos, pueden perjudicarles más que favorecerles. Así lo señalan nuestros Tribunales, como la Audiencia Provincial de Córdoba, que en su auto de 18 de febrero de 2002⁴⁵¹ se pronuncia sobre la cuestión que estamos tratando. En el Fundamento de Derecho Primero ya deja plasmada una idea básica que subyace en la promulgación de la LPPPD, y es que *“Ha de partirse de la base de que nos encontramos en presencia de una cuestión que pese a su aparente sencillez tiene en la época actual una enorme trascendencia que se acrecentará con el transcurso de los años ante la prolongación del término medio de la vida en los países civilizados y los achaques y gastos que la vejez acarrea, achaques que inexcusablemente derivan en auténtica incapacidad tanto para subsistir sin ayuda ajena como para administrar y disponer de sus bienes por parte de los ancianos”*. Como ya sabemos llegados a este punto, éste era uno de las causas que exigía la promulgación de una ley que se encargara de regular el aspecto patrimonial de las personas con discapacidad. No obstante, lo que aquí nos interesa por ser el aspecto que estamos tratando es la argumentación que recoge el

⁴⁵⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La Jurisdicción voluntaria”, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, aut. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 862.

⁴⁵¹ AC 2002\193.

Fundamento de Derecho Segundo: *“Es evidente que los arts. 2011 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concreto la necesidad de venta de bienes inmuebles del incapaz en pública subasta, sólo pueden ser interpretados como un requisito establecido en su día en beneficios del mismo, y por otra parte es claro que las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del momento en que hayan de ser aplicadas, según dispone el art. 3.1 del Código civil, siendo evidente que la exigencia de venta en subasta pública supone una lentitud en la resolución del conflicto contraria a la supuesta necesidad de obtener liquidez, que es lo que se pretende precisamente mediante la venta y no supone una mayor garantía que la puede otorgarse mediante la interposición de determinadas condiciones por el Juez, bajo la supervisión del Ministerio Fiscal; además la fijación final de un precio, en una situación de libre concurrencia en el mercado inmobiliario, es siempre preferible a la rigidez del procedimiento contemplado en los arts. 2011 y concordantes”*. Como colofón a dicha fundamentación en el Fundamento de Derecho Tercero se señala que la venta de un bien inmueble acarrea unos gastos, una dilación en el tiempo, y que en la mayoría de ocasiones se obtiene un precio inferior al normal al que se pagaría en el mercado. Esto implica un perjuicio para el incapaz que según el auto es el único a defender, y que la intención del legislador de 1881 al elaborar el art. 2.015 era posiblemente esa, sin embargo han transcurrido más de 120 años por lo que el precepto a pesar de ser obsoleto sigue vigente, por lo que *“debe hacerse una justa interpretación a tenor de lo dispuesto en el art. 3 del Código Civil”*.

Obviamente exigir la venta en pública subasta puede comportar en la práctica más perjuicios que beneficios, por lo tanto la supresión de la misma es una previsión loable, sobre todo si se requiere obtener liquidez inmediata, cosa que no ocurrirá si se realiza a través de dicho procedimiento. Sin embargo, puede ser discriminatorio que se suprima tal requisito únicamente para los bienes que forman el patrimonio protegido. Como argumento a favor se puede alegar que como precisamente la finalidad de dicho patrimonio es satisfacer las necesidades básicas de una persona, es necesario obtener rápidamente recursos económicos sobre todo, para poder cubrir tales necesidades. No obstante, también es cierto que pueden haber casos en que sin existir un patrimonio protegido, sea necesario y urgente enajenar un bien para poder obtener dinero y así poder hacer frente a los gastos de los menores o de las personas incapacitadas. En este sentido, puede ser discriminatorio vincular la exención de la venta en subasta pública a tener constituido un patrimonio protegido, cuando sin tenerlo se puede tener las mismas

necesidades que una persona que lo tenga constituido. Por eso, sería conveniente tal y como están realizando algunos pronunciamientos judiciales, eximir dicho requisito, ya que se puede llegar al mismo resultado a través de otras vías. La Ley 1/2009, de 25 de marzo, ha dejado abierta la puerta gracias al mandato contenido en la misma, el cual exige la modificación de los procesos de incapacitación para adecuarlos a la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad. Esta habilitación o exigencia sería una buena opción para que se pueda declarar expresamente en la futura reforma legislativa la supresión de dicho requisito, tanto para los menores como para las personas con discapacidad estén o no incapacitadas judicialmente, hayan o no constituido un patrimonio protegido.

III. PROHIBICIONES PARA EJERCER EL CARGO DE ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La LPPPD, bien sea de forma directa o a través de la remisión al Código Civil determina que hay una serie de personas que no pueden ejercer la función de administrador, con el fin de favorecer los intereses de la persona con discapacidad.

El primer supuesto, es el que recoge el art. 3.2, párrafo segundo, aunque ya vimos como era puesto en duda por algún autor. La prohibición se centra en que no pueden ser administradores, salvo justa causa el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido. MARÍN CALERO⁴⁵² señala que esta limitación opera para ser designado administrador inicial, pero no continuar siéndolo en el caso de que el padre, tutor o curador, se haya opuesto injustificadamente a una aportación del patrimonio protegido una vez que se ha constituido.

El art.5.5de la LPPPD realiza una remisión a los preceptos del Código Civil o a las normas civiles forales o especiales que se aplicarán en su caso, respecto a la prohibición para ser tutor. Por tanto no podrán ser administradores aquellas personas o entidades que

⁴⁵² MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, op.cit., pág. 51.

no pueden ser tutores. Estos supuestos se regulan en los artículos 243 y siguientes señalando que no podrán ejercer tal función:

- a) Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.
- b) Los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior.
- c) Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.
- d) Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.
- e) Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- f) Los que tuvieran enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- g) Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida.
- h) Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que adeudaren sumas de consideración.
- i) Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.
- j) Los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.

Por otro lado el art. 241 Cc señala que pueden ser tutores las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y en los que no concurren ninguna de las causas de los artículos señalados anteriormente, es decir, los arts. 243 y ss. Este precepto es digno de resaltar porque señala MARÍN CALERO⁴⁵³ que el mismo entra en

⁴⁵³ MARÍN CALERO, C., *Comentarios a la Ley de protección patrimonial...*, *op.cit.*, págs. 51 y 52. Señala además al respecto que: “si su capacidad no es tanta, creo que también es perfectamente admisible, si así lo requiere y lo manda el constituyente, que el beneficiario no sea apartado sin más y absolutamente de la administración sino que, por el contrario, pueda ser asociado a ella, estableciendo las medidas de ayuda y protección que estime por convenientes, al modo y semejanza de una curatela informal si se requiere, y precisamente con la finalidad-que la Ley no puede haber querido rechazar- de favorecer y permitir la integración de los discapacitados también en el ámbito del Derecho Privado y más concretamente en la gestión de su propio patrimonio, especialmente de la parte del mismo formada por los bienes y derechos que constituyen, como he dicho, su entorno personal más íntimo y sin los cuales sería no solamente más

contradicción con el criterio de no exigir la Ley plena capacidad de obrar y sin embargo admitir capacidad suficiente. En este sentido, tal y como señala, si la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente puede constituir el patrimonio, designar administrador pero con el art. 241 no podría ser administrador. Según el autor “este desajuste se debe a la introducción tardía del concepto de capacidad suficiente y a los escasos o nulos antecedentes de tal figura en nuestro Derecho. Por ello, creo que debería también prevalecer el nuevo criterio, más abierto y específico, de no exigir una capacidad plena al administrador que sea, al propio tiempo, el beneficiario”. A este respecto compartimos dicha opinión, es más, consideramos que debe aplicarse no el precepto del Cc sino de la LPPPD por ser una ley especial, y que por tanto se ha de aplicar sobre la ley general. Además hemos de volver a señalar que lo trascendente de la LPPPD es la importancia que se le otorga a la voluntad de la persona con discapacidad, que obviamente no tenía tanta repercusión en el momento en que se elabora el art. 241 Cc.

Si observamos el Derecho Foral, hay que traer a colación el Código de Familia Catalán y la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón⁴⁵⁴. En primer lugar, el artículo 186 del Código de Familia catalán dispone que “1. No pueden ser tutores ni administradores patrimoniales las personas que:

- a) No estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- b) Por resolución judicial, estén o hayan sido privadas o suspendidas del ejercicio de la potestad o de una tutela o privadas total o parcialmente de la guarda y educación.
- c) Hayan sido removidas de una tutela.
- d) Estén cumpliendo una pena privativa de libertad.
- e) Hayan quebrado o no estén rehabilitadas de un concurso de acreedores, salvo que la tutela no incluya la administración de los bienes.
- f) Hayan sido condenadas por cualquier delito que haga suponer fundamentadamente que no desarrollarán la tutela de modo correcto.

difícil sino completamente imposible una verdadera integración personal en la Sociedad, tal y como taxativamente ordena la Constitución Española y otras normas de aún mayor rango”.

⁴⁵⁴ En el caso del Código de Familia Catalán, Ley 9/1998, de 15 de julio, publicado en el BOE de 19 de agosto de 1998, núm. 198, y en el DOGC de 23 de julio de 1998, núm. 2687.

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, publicada en el Boletín Oficial de Aragón núm. 149, de 30 de diciembre de 2006, y en el BOE núm. 23 de 26 de enero de 2007,

- g) Por su conducta puedan perjudicar a la formación del menor o al cuidado del incapacitado.
- h) Estén en situación de imposibilidad de hecho para ejercer el cargo.
- i) Tengan enemistad manifiesta con la persona tutelada, tengan o hayan tenido con ella pleitos o importantes conflictos de intereses o sean deudores de la misma por cualquier concepto.
- j) No dispongan de medios de vida conocidos.

2. No pueden ser tampoco tutores ni administradores patrimoniales las personas jurídicas descalificadas o intervenidas por la Administración, o si las personas a que se refiere el apartado 3 del artículo 185 están en alguna de las citadas situaciones de incapacidad, descritas en el apartado 1 del presente artículo.

3. Tampoco pueden ser tutores ni administradores patrimoniales las personas físicas o jurídicas que mantengan una relación laboral de asalariado o contratado o de naturaleza análoga con el incapacitado. En caso de personas jurídicas, esta incompatibilidad es aplicable cuando cualquiera de los miembros que integren el órgano de representación o de administración mantenga, directa o indirectamente, una relación de aquel tipo con el incapacitado”.

El artículo 111.1 de la ley aragonesa recoge las causas de inhabilidad para ser nombrado tutor en los siguientes términos:

1. No pueden ser titulares de funciones tutelares:

a) Las personas que estén excluidas, privadas o suspendidas en el ejercicio de la autoridad familiar o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial o administrativa.

b) Las legalmente removidas de un cargo tutelar anterior.

c) Las condenadas a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo condena.

d) Las condenadas por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

e) Las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho.

f) Las que tengan enemistad manifiesta con la persona protegida.

g) Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos.

h) Las que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o las que le adeuden sumas de consideración.

i) Las personas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación.

IV. LAS FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El administrador del patrimonio protegido tiene como función principal y general ser el garante del cumplimiento esencial del patrimonio protegido que como ya sabemos en este punto es el de satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Sin embargo, para que ese fin se lleve a cabo el administrador debe realizar unas funciones específicas destinadas a ese fin general. Su actuación ha de ir encaminada a propiciar un patrimonio que sea dinámico, es decir, a la obtención de recursos económicos para que dicha masa patrimonial pueda ir sufragando los gastos que se van generando. Sin embargo, como señala MARTÍNEZ DÍE⁴⁵⁵ el régimen de administración y supervisión “tropiezan con un escollo insalvable: como quiera que el patrimonio protegido se integra en el general del discapaz, hallándose sujeto al principio de responsabilidad patrimonial universal, cabe que se produzca una comunicación de pérdidas que haga inútil todo esfuerzo de diligente administración y vigilancia”. Por este motivo, sería necesaria una reforma legislativa que blinde al patrimonio protegido de las deudas del patrimonio personal, puesto que una mala gestión por ejemplo del tutor del patrimonio general hará que se desmorone todo el régimen del patrimonio protegido.

1. La gestión del patrimonio protegido

El tema de la gestión del patrimonio, ya no sólo exclusivamente del patrimonio protegido es un tema muy complejo, sobre todo porque el Cc no nos ofrece una definición

⁴⁵⁵ MARTÍNEZ DÍE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, op.cit., pág. 174.

de dicho concepto. A ello hemos de añadirle que dentro de la gestión del patrimonio vamos a poder realizar actos de diversa naturaleza: de administración, de disposición y de conservación. Aisladamente considerados y en un plano teórico, puede ser más o menos sencillo definir o englobar un acto dentro de una categoría u otra, por ejemplo la enajenación de un bien inmueble se considera como regla general un acto de disposición, no obstante, también es cierto que en determinadas circunstancias puede ser un acto de administración, incluso de conservación si intentamos evitar que el bien desaparezca o perezca. Por tanto ya podemos percatarnos de que el tema de la gestión no es tan sencillo como puede parecer en un primer momento.

En el caso concreto del patrimonio protegido, la LPPPD parece que intenta simplificar un poco la cuestión porque cuando habla de administración del patrimonio, la propia Exposición de Motivos ya nos indica que dicho término hay que entenderlo en sentido amplio, incluyendo los actos de disposición. Parece que no deslinda los actos de disposición y los de administración, sino que los engloba dentro de éste último ámbito. Lo que sí precisa la modificación de la LPPPD operada por la Ley 1/2009, es que no se consideran actos de disposición el gasto del dinero y el consumo de bienes fungibles del patrimonio protegido, siempre que se haga para atender a las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

Para clarificar este tema, es conveniente traer a colación una sentencia muy importante del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1978⁴⁵⁶, que definió dichos actos, con motivo de la determinación de si para el arrendamiento de una finca por un plazo superior a seis años se requería autorización judicial, cuando la misma pertenecía de forma *proindivisa* al padre como a sus seis hijos, siendo tres de ellos menores de edad en el momento de celebración del contrato de arrendamiento.

Dicha sentencia señala que: *“La distinción entre actos de disposición-los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes-, y actos de administración-los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa-, que dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica, ya no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa*

⁴⁵⁶ RJ 1978\4057.

clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional, que son aquellos que por la trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa, impiden o dificultan su realización, y exigen, tanto, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición”.

CUADRADO IGLESIAS⁴⁵⁷ explica la diferencia entre actos de administración ordinaria y extraordinaria en los siguientes términos: “En la administración ordinaria, también llamada simple o restrictiva, el administrador se limita a realizar únicamente actos que se refieren al goce, conservación o uso de la cosa o patrimonio administrado, alcanzando sólo a los que a lo que ésta produce (como el empleo de las rentas que se obtengan de la venta de los frutos), o si alcanzan a ella misma, no enajenándola ni constituyendo sobre ella derechos reales. La administración extraordinaria o extensiva faculta al administrador a modificar situaciones y, por lo mismo, a enajenar, constituir derechos reales y relaciones obligatorias semejantes a éstos”.

Además de los actos de administración y disposición, hay que tener presentes los actos de conservación definidos por AGUILERA DE LA CIERVA⁴⁵⁸ como “actos debidos, que no dejan libertad de elección, y se encaminan a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia”. CUADRADO IGLESIAS⁴⁵⁹ determina que el acto de conservación de forma aislada “se caracteriza por ir encaminado al mantenimiento de una cosa en el estado que le es propio”. Sin embargo también apunta que la conservación puede dirigirse asimismo a conjuntos de cosas o derechos. Por último señala que la conservación puede comprenderse desde una doble perspectiva: como acto aislado y como actividad. Dentro

⁴⁵⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., “La gestión en el Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1993, pág. 392. Por otra parte señala que la administración igualmente puede ser contemplada como acto aislado o como actividad. Como acto aislado, “la administración tiende a obtener de los bienes sobre los que recae los rendimientos normales de acuerdo con su propia naturaleza. Partiendo del referido concepto, el acto de administración se desenvuelve bajo dos coordenadas, positiva una y negativa la otra. La positiva expresa los fines a que debe tender (obtención de rendimientos normales); la negativa, los límites que no pueden sobrepasar (le está vetado, en principio, la disposición o innovación del patrimonio). *Op. cit.*, pág. 397. AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*, edit. Montecorvo, Madrid, 1974, pág. 108, define los actos de administración como “acto dirigido a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible”.

⁴⁵⁸ AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración...*, *op.cit.*, pág. 172.

⁴⁵⁹ CUADRADO IGLESIAS, M., *La gestión...*, *op.cit.*, págs. 386 y 387.

del primero no tendrían cabida los actos de administración ni los dispositivos, mientras que en el segundo caso sí, siempre y cuando se realizaran con finalidad conservativa.

Después de apuntar unas líneas generales sobre los diversos actos que pueden realizarse sobre el patrimonio, en el caso concreto del administrador del patrimonio protegido ya hemos dicho que ha de realizar una serie de actos que van a recaer sobre los bienes y derechos, así como de los frutos, rendimientos y utilidades concretos del patrimonio con el fin de cumplir, garantizar y ver cubiertas las necesidades básicas del beneficiario. ¿Qué tipos de actos puede realizar? En principio lo conveniente sería que quedaran bien determinados los actos concretos que puede realizar, con el fin de que no se produjera ningún tipo de conflicto al respecto. Ya se ha visto como existen una serie de actos que exigen autorización judicial, aunque dicho requisito puede ser flexibilizado. Por tanto, parece claro que el administrador podrá llevar a cabo los actos de administración ordinaria del patrimonio, incluso los de administración extraordinaria condicionados siempre a la autorización judicial, o sin autorización siempre y cuando se encuentren dentro de las excepciones previstas para la misma. Por otro lado, a pesar de que expresamente no señale nada la Ley, el administrador habrá de realizar igualmente actos de conservación del patrimonio, por ejemplo sí se le ha aportado a la persona con discapacidad una finca rústica que produce un determinado producto. La venta de dicho producto que es perecedero, es a la vez que un acto de disposición un acto de conservación, en el sentido de que con la aplicación del principio de subrogación real, evitamos que se produzca una pérdida importante en el patrimonio. En este sentido al evitar dicho perjuicio, nos movemos dentro de la esfera de los actos conservativos.

Sin embargo, hay quien opina que el administrador no va a poder realizar todo tipo de actos, en concreto de disposición, y por tanto que no tiene un poder ilimitado de actuación. Esta postura la defiende PEREÑA VICENTE⁴⁶⁰ que considera que el límite de actuación lo marca la propia finalidad de la ley, es decir, satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Sin embargo, si realizamos una interpretación restrictiva de los actos que puede realizar el administrador, corremos el riesgo de cercenar su actuación a los actos por decirlo de algún modo, más directos a esa satisfacción de las necesidades vitales. La autora considera que podrán realizarse todos los actos

⁴⁶⁰ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, págs. 93 y ss.

comprendidos en la gestión del patrimonio, es decir, los de administración, conservación y en ocasiones de disposición. Señala al respecto que: “incluso, dando un paso más, ciertos actos de disposición, son necesarios para lograr la finalidad de conservar el patrimonio y así destinarlo a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular. Todos los actos de disposición que se lleven a cabo en este contexto estarán autorizados”⁴⁶¹. Por ejemplo podría realizarse un contrato de permuta que entraría dentro de los actos de disposición, siempre y cuando sea en interés de la persona con discapacidad. Si el administrador entrega un bien que no es de provecho en ese momento para la persona con discapacidad, a cambio de un bien que sí va a producirle un rendimiento, perfectamente podría admitirse dicho acto, porque va destinado a obtener rendimientos que se destinarán a la satisfacción de sus necesidades.

¿Qué ocurre si los actos que realiza el administrador no se “ajustan” a esa satisfacción de las necesidades vitales, o si el aportante aporta un bien al patrimonio protegido con un destino específico y no lleva a cabo el mismo? En principio los actos que se realicen no para satisfacer las necesidades vitales, y por tanto no se ajusten al ámbito de actuación del administrador, podrán ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a nuestro juicio por cualquier persona, incluso por la persona que está administrando el patrimonio general, para que lo comunique al Juez y revocara dicho acto⁴⁶². Para el caso de que se dé un uso distinto a la aportación realizada por cualquier persona de las legitimadas, si el administrador realiza cualquier acto sin adecuarse al destino que se le había reconocido, o mejor dicho a la naturaleza inherente del mismo bien podría darse la misma solución que en el caso anterior. Sin embargo, el Juez podría determinar si ese acto ha provocado un beneficio para la persona con discapacidad, y en tal sentido podría considerar válido dicho acto en virtud del principio del mayor interés de la persona con discapacidad. Aunque sería conveniente tener en cuenta asimismo la voluntad del aportante de dicho bien o derecho.

⁴⁶¹ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, pág. 95.

⁴⁶² LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 199, determina que “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).

2. Especial referencia a la representación legal del administrador: ¿representación legal o voluntaria?

La LPPPD le otorga la condición de representante legal para los actos relativos a los bienes y derechos que forman el patrimonio protegido al administrador de dicha masa patrimonial⁴⁶³. LÓPEZ-GALIACHO⁴⁶⁴ señala que aunque en un primer momento puede desprenderse de la literalidad del art. 5.7 LPPPD que tiene también la consideración de representante legal el administrador que ha nombrado el propio beneficiario constituyente de su 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”. En términos similares se pronuncia PEREÑA VICENTE⁴⁶⁵, al considerar que se es representante legal en caso de los padres respecto de sus hijos, por el simple hecho de serlo, y por ser el Juez el que así lo determine en un proceso judicial. En este sentido, entra en juego la capacidad de obrar suficiente de la persona con discapacidad, ya que no se puede ser representante legal de una persona con capacidad, por lo tanto el administrador del patrimonio protegido no será representante legal del beneficiario cuando el mismo presente capacidad de obrar suficiente. Considera la autora que está más cercana a la representación voluntaria que a la legal⁴⁶⁶.

⁴⁶³ En este sentido, el Grupo Parlamentario Convergència i Unió, interpuso dos enmiendas al respecto, una al art 5.7 y otra al art. 8.1, con la misma justificación. La primera de ellas pretendía modificar el precepto en los siguientes términos: *El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la consideración de representante de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia*. La segunda de las enmiendas pretendía suprimir el calificativo de “legal” a la representación del administrador. La justificación que se daba a dichas enmiendas discurría por los siguientes términos: “Mejora técnica. La calificación como representante legal del administrador del patrimonio protegido induce a confusión ya que, si el beneficiario del patrimonio es menor o está incapacitado, sus representantes legales serán, bien sus padres –si se trata de un menor no sujeto a tutela o de un mayor de edad sometido a patria potestad prorrogada o rehabilitada -, bien su tutor. Debe evitarse pues, calificar también, el administrador del patrimonio protegido, cuyo ámbito de competencias se circunscribe a la realización de actos de gestión sobre el patrimonio protegido, como representante legal”.

⁴⁶⁴ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...op.cit.*, págs. 194 y 195.

⁴⁶⁵ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, págs. 95 y ss.

⁴⁶⁶ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 154, señala al respecto que “ciertamente choca la idea de existencia de un representante legal para una persona con capacidad de obrar. Esta representación legal, más que entroncar con la representación de los discapacitados y menores, entronca con la de las sociedades y personas jurídicas, sin llegar a ser un tipo de ellas, pues el patrimonio protegido no está personificado, no tiene atribuida personalidad jurídica. El patrimonio del discapacitado no

Esta cuestión es problemática, ya que es la propia ley la que otorga la representación legal al administrador del patrimonio protegido, con independencia de que la persona con discapacidad posea o no capacidad⁴⁶⁷. El supuesto que se discute es el de si la representación que ostenta el administrador del patrimonio protegido nombrado por la persona beneficiaria del mismo, teniendo capacidad de obrar suficiente, debe considerarse como un supuesto de representación legal, o como un supuesto de representación voluntaria.

SERRANO GARCÍA⁴⁶⁸ señala a este respecto que “es perfectamente posible que el discapacitado capaz confie la administración del patrimonio protegido a un tercero, y le señale reglas, pero en este caso no estamos ante una representación legal, sino ante una voluntaria, y la representación voluntaria de la misma manera que se confiere, puede eliminarse”. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS⁴⁶⁹ apunta que “teniendo en cuenta el fundamento y las características de la representación legal, hemos de concluir que la representación otorgada al administrador por la Ley 41/2003 cuando el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente presenta más similitudes con la representación voluntaria que con la legal. Prueba de ello es el hecho de que la propia Ley exime al administrador, en este caso, de la necesidad de autorización judicial, por entender que al tener el beneficiario capacidad de obrar suficiente puede supervisar la actuación del administrador, de forma que la autorización judicial carecería de justificación”.

RIVERA ÁLVAREZ⁴⁷⁰ se pronuncia en términos similares: “la administración separada que se establece convencionalmente debe encuadrarse, si se confiere facultades de actuación por cuenta ajena, dentro de un supuesto de representación voluntaria y no de representación legal. Es cierto que, a partir del hecho de la minoría de edad o/e incapacitación, el apoderamiento no se confiere por el representado, sino por el que

tiene personalidad jurídica, pero no deja de recordar a una pequeña fundación en beneficio del discapacitado”.

⁴⁶⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 106, señala a este respecto que se trata de una representación no de la persona, sino del patrimonio.

⁴⁶⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 388.

⁴⁶⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La administración y supervisión del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1081.

⁴⁷⁰ RIVERA ÁLVAREZ, J.M^a., “La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *RD*, núm. 85, 2005, págs. 56 y 57.

constituye el patrimonio protegido. El nacimiento de la representación es puramente convencional y por lo tanto no se puede hablar consecuentemente de caso de representación legal; si bien tampoco debe considerarse un contrato a favor de tercero-de los establecidos en el art. 1257,2º. párrafo del Código civil-. Y ello, a pesar de que, equívocamente, el artículo 5.7 de la Ley 41/2003, hable de representante legal, por cuanto lo que debe entenderse es que, designado un tercero como administrador, no hay que ir directamente al documento de constitución para conocer si tiene o no facultades representativas, sino que *ex lege* se confieren. A esta conclusión se llega interpretando la Ley no sólo teniendo presente la nueva categoría de patrimonio protegido sino también la nueva regulación del artículo 1.732 del Código civil”.

Consideramos que es cierto como dicen los autores mencionados, que si la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente puede encomendar dicha gestión de administración a un tercero, por tanto le está otorgando la representación de su patrimonio protegido, sin embargo es la propia ley la que en abstracto está determinando el carácter de representante legal al administrador. Es cierto que tiene muchos puntos en común con la representación voluntaria y que se acerca a ella, pero a pesar de ello, es una norma quien la determina y ampara.

El conflicto desde nuestro punto de vista surge del reconocimiento de la necesidad de observar la voluntad de la persona con discapacidad y su grado de capacidad de obrar. Como ya se señaló anteriormente, pasamos de una concepción en que una persona o tiene capacidad de obrar plena o no la tiene, a una visión en que a pesar de tener una discapacidad se ha considerar su capacidad volitiva para poder participar en todas las decisiones que afecten a su vida. Así podríamos encontrarnos ante una suerte de representación mixta por decirlo de algún modo, a caballo entre la representación legal y la voluntaria, y que en ocasiones podría “solaparse”. Estaríamos en un plano similar a la autotutela pero circunscrita a la administración del patrimonio protegido.

La representación legal normalmente opera bien de forma automática, en el sentido de que la propia ley dispone quienes ostentan la representación, por ejemplo el caso de los padres respecto de sus hijos; o bien es la autoridad judicial la que ha de nombrarlos como en el caso del tutor. Podríamos a partir de la promulgación de la LPPPD determinar una especie de tercera clase de representación legal, que operaría por la

voluntad de la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente que puede designar quien será el administrador del patrimonio protegido pero amparado por la ley, es decir, que es la norma la que reconoce que el administrador es la persona que tiene representación legal, y por tanto dicha condición la otorga la ley con independencia de quien lo nombre.

Puede considerarse a este respecto, que en el caso de que el administrador haya sido designado por la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, estaríamos ante un tipo de representación “*sui generis*” que comparte características con la representación voluntaria y otras con la representación legal. Por ejemplo si atendemos a las características que señala DE CASTRO⁴⁷¹ para el caso de la representación legal, podemos observar como algunas de dichas especialidades se adecúan a este tipo de representación de la LPPPD. Las características que señala son cinco:

a) Existencia de un *numerus clausus*, creación por ley la cual determina las facultades del representante, límites de los poderes y organismos de control. En este caso, vemos como dicha especialidad sí se manifiesta aunque modulada en el caso de la representación de la LPPPD, porque la misma la determina expresamente la Ley, ostenta el administrador la representación únicamente en el ámbito del patrimonio protegido aunque de forma amplia, al limitar su actuación a dicho patrimonio. Es más, puede defenderse la idea de que existen unos límites intrínsecos o implícitos marcados por la finalidad de la Ley en el sentido de que únicamente podrá realizar actos que sirvan para satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad. En segundo lugar por ser necesaria la autorización judicial en determinados casos como ya se ha visto anteriormente. Y por lo que respecta a los organismos de control, si bien es cierto que el constituyente puede establecer reglas de supervisión, la norma en su art. 7 dispone quién es la persona u organismo que se encargará de supervisar la actividad del administrador, que será el Ministerio Fiscal y la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

b) La segunda nota que señala DE CASTRO es que el representante no va a depender de la voluntad del representado, de lo que declara en el poder o de las

⁴⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, *op.cit.*, págs. 132 y 133.

instrucciones a las que deba arreglarse. En este caso estaríamos más cerca de la representación voluntaria porque la administración se rige por las reglas que se han establecido en el documento constitutivo. No vienen amparadas o establecidas en una norma, aunque en ocasiones haya que recurrir cuando exista algún aspecto que no esté previsto en la constitución, a la regulación de la tutela o la patria potestad.

c) En tercer lugar, señala “que el representante legal recibe, en general, poderes indeterminados de administración sobre un patrimonio o bienes”. Este supuesto podría argumentarse a favor de ambos tipos de representación para el caso de la administración del patrimonio protegido, es decir, la ley determina que el administrador es el representante legal para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido. Sin embargo también se podría aducir en el caso de la representación voluntaria, la persona con discapacidad le concede la facultad de realizar todos los actos relativos a la administración del patrimonio protegido.

d) Otra de las características de la representación legal es que en ocasiones la representación viene impuesta de forma automática, y en otra es irrenunciable a no ser que sea por causa legítima y justificada. Este aspecto es cierto que no se cumple en el caso del administrador del patrimonio protegido, que en principio puede rechazar el cargo, y no tiene obligación de ejercerlo.

e) La última de las especialidades de la representación legal, es la inscripción del cargo de representante legal en el Registro Civil, tal y como dispone el art. 88 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en el cual se señala que “*En la sección 4ª se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones*”. En ese sentido el art. 8.1 de la LPPPD determina que ha de inscribirse en el Registro Civil la representación legal a la que se refiere el art. 5.7, circunstancia o hecho que no se requiere en una representación de tipo voluntario.

En conclusión, de los argumentos esgrimidos se podría defender que estamos ante un tipo especial de representación mixta, por catalogarlo de algún modo, que comparte especialidades de un tipo y de otro.

En otro orden de cosas, hay que señalar que el administrador del patrimonio protegido no ostenta una representación legal genérica sino que la misma se circunscribe únicamente a dicho patrimonio, es decir, es una representación específica y concreta. Por tanto únicamente realizará actos que recaigan sobre el patrimonio protegido, y cuya finalidad sea la de satisfacer las necesidades de su titular.

Por otro lado, SEDA HERMOSÍN⁴⁷² se cuestiona cuál es el contenido de la representación y sus efectos frente a terceros. Dicho autor considera que como la ley le está atribuyendo facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio protegido, dichas facultades tendrán eficacia *erga omnes* y “no se entienden afectadas por las limitaciones de tipo interno que puedan haberse establecido (sistema germánico de representación), lo cual hace innecesario publicar en Registro alguno las reglas de administración”.

En último término, apuntar que como manifiesta unánimemente la doctrina a los representantes legales se les prohíbe la autocontratación señalada en el art. 1.459.2 Cc⁴⁷³. Ello implica que el administrador no podrá comprar un bien integrante del patrimonio protegido para sí mismo.

3. Retribución del administrador del patrimonio protegido

Una de las cuestiones que se pueden suscitar, es la de si puede establecerse una retribución para el administrador del patrimonio protegido por las funciones que realiza⁴⁷⁴. No se establece nada al respecto, así que en principio nada habría en contra

⁴⁷² SEDA HERMOSÍN, M.A., *Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...*, *op.cit.*, pág. 145.

⁴⁷³ Art. 1459. 2º: *No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 2º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.*

⁴⁷⁴ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 196, considera que puede aplicarse en este caso el art. 274 Cc, reconociéndole por tanto dicha posibilidad, cuando la retribución a percibir no se hubiera fijado en las reglas de administración o si no ha habido renuncia expresa de aquél para no cobrarla. Este precepto 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*

para que se le reconociera la misma, sin embargo es cierto que dado el significado de dicha función y de la institución del patrimonio protegido esta opción no encaja muy bien. Habrá que observar el caso concreto y las circunstancias del mismo, es decir, no será lo mismo que se administre un patrimonio de gasto, que uno de ahorro. En el primer caso, si el patrimonio únicamente sirve para hacer frente día a día a las necesidades más básicas, obviamente muy difícilmente podrá reconocerse una retribución al administrador. Cuestión distinta es que nos encontremos ante un patrimonio cuantioso formado por ejemplo por varios bienes inmuebles, acciones que cotizan en bolsa, objetos de valor, etc. En este supuesto posiblemente se haya reconocido en el documento constitutivo una retribución para la persona que se encargue de la administración⁴⁷⁵. MORETÓN SANZ⁴⁷⁶ señala a este respecto que la retribución o la indemnización que puede corresponderle al administrador del patrimonio protegido “parece que habrán de ser satisfechas de una fuente de financiación distintas al propio patrimonio, extremo este último que contribuye a la finalidad legal tuitiva de la persona con discapacidad”.

Posiblemente como el cargo de administrador es voluntario, y se basa a nuestro juicio en una relación de confianza, en el caso de que se hubiese estipulado la retribución, el administrador podría renunciar a la misma. También podría pactarse con el constituyente del patrimonio protegido en caso de que no renunciara a la misma, la cuantía de la retribución. ¿Qué ocurriría si no se puede satisfacer la retribución por no tener suficientes bienes el patrimonio para satisfacerla? En este caso el administrador tendría un derecho de crédito frente a la masa patrimonial, sin embargo a nuestro juicio en caso de que hubieran diferentes deudas en el patrimonio, el crédito del administrador podría quedar relegado a un segundo plano. El conflicto que puede existir en este caso es que como al administrador no se le satisface su retribución, puede dejar de administrar el patrimonio con la diligencia debida, aunque no sería una opción positiva tampoco para él. En este caso sería conveniente que el MF instara al Juez para que destituyera al

bienes, procurando en lo posible de la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes”.

⁴⁷⁵ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El patrimonio especial del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 1947 señala al respecto que podría aplicarse por analogía lo dispuesto en el art. 274 Cc para el caso de la remuneración del tutor, cuando el patrimonio del tutelado lo permitiera. Sin embargo considera más adecuado aplicar las reglas del mandato o del albaceazgo, en el primer caso porque el cargo es gratuito, ya que la tutela “es una carga cuasi familiar, y en el supuesto que nos ocupa más bien un encargo amistoso que el propio beneficiario encomienda a una persona que el nombrado es totalmente libre de aceptar o rechazar”.

⁴⁷⁶ MORETÓN SANZ, M.F., *La figura del administrador...*, *op.cit.*, pág. 1192.

administrador, si considerara que puede peligrar la administración eficiente del patrimonio protegido.

V. LAS OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Varias son las obligaciones que posee el administrador del patrimonio protegido, siendo la más genérica e importante cumplir con la función que se le ha encomendado, cual es destinar y administrar los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido para satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad. Dicha administración debe realizarla con la diligencia de un buen padre de familia, al igual que el art. 270 le exige al tutor. Ha de entregar el informe anual de su actuación junto al inventario de bienes y derechos, con la pertinente documentación justificativa. Además ha de presentar al Ministerio Fiscal la documentación, aclaraciones, e información que éste le solicite. Entendemos que también es obligación del administrador, informar a la persona que gestiona el patrimonio personal de la persona con discapacidad de los actos que realice y que puedan incidir en esta masa patrimonial.

1. Actuar con la diligencia de un buen padre de familia

Esta diligencia se contrapone con la que se exige para los padres en el ejercicio de la patria potestad, los cuales han de administrar los bienes de su hijo, según el art. 164. 1º con la misma diligencia que los suyos propios. Por tanto observamos como para el administrador se exige una determinada diligencia, mientras que para los padres respecto de los bienes de sus hijos otra. Si uno o ambos progenitores son los que se encargan de administrar el patrimonio protegido por tener la patria potestad rehabilitada o prorrogada ¿qué tipo de diligencia se le exige en este caso? El tema de la diligencia es un tema complicado, que en aras a exigir responsabilidad por la producción de un daño es importante determinar. A nuestro parecer, como la persona con discapacidad sigue estando sometido a la patria potestad de sus padres, si uno de ellos o ambos ostentan la

administración del patrimonio protegido, se les exigirá la diligencia que marca el art. 164.1, y no la que se exige para el caso del administrar.

2. La rendición de cuentas sobre su gestión

Por otra parte, la propia LPPPD en su artículo 7.2, ya señala de forma expresa que cuando la persona con discapacidad no sea la administradora del patrimonio protegido, ni sus padres⁴⁷⁷, los que estén ejerciendo dicha función deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando éste lo requiera, así como remitir cada año una relación de la gestión que ha realizado y un inventario con la relación de bienes y derechos que en ese momento formen dicha masa patrimonial, justificado documentalmente. Por tanto en este precepto, se derivan para el administrador tres obligaciones:

- a) Rendir cuentas de su gestión cuando el MF lo solicite, u otro tipo de información o aclaraciones.
- b) Remitir anualmente la relación de la gestión que ha realizado.
- c) Remitir el inventario anual de los bienes.

A este respecto y aunque el precepto no lo señale expresamente, como se verá en el apartado de la supervisión, el constituyente puede determinar en el documento constitutivo diversas obligaciones para el administrador, como rendirle cuentas además al órgano de fiscalización voluntario, presentarle también el inventario de los bienes y derechos, o comunicarle la realización de actos de una cierta trascendencia.

El inventario es una obligación que suele estar presente en los casos en los que se administran bienes ajenos. En este sentido el inventario es un mecanismo idóneo para garantizar que el administrador está realizando su labor adecuadamente y no está

⁴⁷⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 76 y 77, realiza varias apreciaciones en este punto. Respecto a los tutores no entiende porque no los incluye en la relación de los no obligados, junto a los padres y a la persona con discapacidad, porque en virtud del art. 269.4º, ya tiene dicha obligación, “ a no ser que se deba a una preocupación del legislador porque no se interprete la inclusión en la exclusión que realiza como una exclusión específica que conllevaría excluir esta obligación de la obligación genérica que preceptúa el artículo referido y que hace referencia a la totalidad del patrimonio del menor de edad o incapacitado sobre el que se ejerce la tutela”. En cuanto a los padres considera que su inclusión “se deberá a una confianza del legislador en la naturaleza de los sentimientos paternos que llevarán consigo un extremo cuidado en la administración específica del patrimonio protegido de su hijo”.

concluyendo actos que perjudican al beneficiario del patrimonio protegido. Por tanto es un instrumento de garantía para la persona con discapacidad, ya que mediante el mismo se refleja la situación patrimonial en la que se encuentra. Sin embargo, también es un medio de garantía para el administrador ya que si realmente lleva una gestión adecuada señalando los bienes y derechos que salen del patrimonio y entran en el mismo, no habrá motivo para solicitar su remoción⁴⁷⁸. Consideramos que debería incluirse además de esa relación de bienes y derechos, las posibles deudas que tenga el patrimonio protegido, con el fin de obtener un mayor control de la actuación del administrador, porque puede utilizarse como indicio para determinar si el mismo está realizando su función diligentemente o no. La LPPPD no señala nada respecto al plazo en que ha de remitirse la información requerida. A nuestro juicio el administrador deberá entregarla en un período razonable desde que se solicita por parte del supervisor o del MF, debiendo evitar dilaciones indebidas que pueden obstaculizar o entorpecer la función de control.

3. Comunicar al administrador del patrimonio personal los actos que puedan tener incidencia en el mismo

La situación más sencilla que nos podemos encontrar, es aquella en la que en la misma persona recae la administración del patrimonio personal, y del patrimonio protegido. Sin embargo, ya se vio en el apartado de la pluralidad de administradores, que podemos encontrarnos casos muy dispares, en los que perfectamente pueden concurrir por ejemplo cuatro administradores diferentes. Por ello es muy importante que exista una coordinación entre ellos, y que no actúen de forma aislada, porque es muy probable que la actuación en algunas de las esferas patrimoniales, pueda afectar en la otra, incluso en la esfera personal.

Por este motivo, y a pesar de que la LPPPD no lo disponga expresamente, en aras a una mayor protección de la persona con discapacidad, y una actuación más eficiente de los administradores, consideramos que el administrador en este caso del patrimonio

⁴⁷⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 76, señala que la obligación de elaborar el inventario es una obligación esencialísima porque es el único medio que existe para determinar o conocer los bienes que integran ese patrimonio, debido al juego del principio de subrogación real. Además considera que según la Ley esta obligación viene impuesta tanto al constituyente como al aportante posterior, pero sólo en el momento inicial en el que se aporten los bienes.

protegido, debería comunicar la realización de los actos que puedan incidir tanto en la esfera personal como en el patrimonio general de la persona con discapacidad. Por ejemplo, si los gastos educativos del beneficiario del patrimonio van a sufragarse con cargo al patrimonio protegido, el administrador de dicha masa patrimonial debería comunicarlo al tutor de la persona con discapacidad, ya que una de sus obligaciones es la de proporcionarle la educación correspondiente. Una mala coordinación entre ambos puede provocar desajustes entre patrimonios que acaben provocando un perjuicio a la persona con discapacidad. Ello no implica que requiera su autorización para realizar el acto, ya que cada uno posee una esfera distinta de actuación, además el art. 5.7 ya señala expresamente que no se requerirá para la validez y eficacia de los actos, el concurso de los padres y tutores.

4. Cumplir y respetar las normas contenidas en el documento constitutivo

El administrador ha de cumplir con las estipulaciones contenidas en el documento constitutivo, es por decirlo de algún modo el documento que ha de regir su actuación. Por tanto todos los actos que realice han de respetar las directrices que marque el mismo. Puede ocurrir que como el patrimonio protegido posee una vigencia duradera, condicionada a la muerte de la persona con discapacidad, o la pérdida de dicha condición, el régimen de administración impuesto inicialmente en el documento constitutivo, pueda no aplicarse en un determinado momento por no ceñirse a la situación actual del patrimonio. En este caso, el administrador tendría dos opciones o bien ceñirse a las reglas de administración sabiendo que puede ocasionar algún tipo de perjuicio económico, o bien contravenir dicho régimen, y realizar su gestión de forma que puede beneficiar a la persona con discapacidad, a pesar de que no se ajuste a las directrices impuestas. En este sentido, para evitar incurrir en una causa de remoción, el administrador debería comunicarlo al órgano de fiscalización voluntario, si lo hubiera, o al constituyente, para modificar las reglas de administración y adaptarlas a la situación actual. Dicho cambio debería ser comunicado al MF, para que tuviera constancia del mismo. En caso de que el constituyente hubiera fallecido, debería ser el Juez el que determinara el cambio de las reglas de administración.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El administrador ha de actuar con la diligencia de un buen padre de familia, siempre en beneficio de la persona con discapacidad. Ello implica que una actuación negligente, culposa o dolosa puede causar un perjuicio al beneficiario del patrimonio protegido. Por tanto cabe en este supuesto aplicar el art. 1.902, es decir que si el administrador causa un daño a la persona con discapacidad, siempre que exista culpa o negligencia, deberá reparar el daño causado. Sin embargo, también es cierto, y aplicando analógicamente el art. 220 Cc tal y como reconoce la doctrina de forma unánime, si el administrador sufre en el ejercicio de su función, daños y perjuicios, puede tener derecho a una indemnización que se satisfará con cargo a los bienes de la persona con discapacidad.

La consecuencia inmediata que se producirá por causar un perjuicio a la persona con discapacidad, es la remoción del administrador del patrimonio protegido. En este sentido consideramos que cualquier persona que tenga conocimiento de que el administrador está causando un daño al beneficiario del patrimonio protegido, podrá comunicarlo al MF para que inste al Juez la remoción del administrador.

Para el caso del administrador del patrimonio protegido, cabría preguntarse si puede aplicarse alguna figura similar regulada en el Código Civil, para poder sustraer algunas ideas relativas al régimen de administración. Podríamos pensar en el contrato de mandato regulado en los arts. 1709 y siguientes del Cc, por entenderse la administración como una gestión de un patrimonio ajeno y exigírsele la misma diligencia que al tutor sobre el patrimonio de su pupilo, sin embargo no consideramos que encaje bien dentro de las características de la administración del patrimonio protegido. Como al administrador se le exige la misma diligencia que al tutor, (y para el caso del mandato), pero se le aplican varios preceptos que regulan la tutela, podríamos considerar que el régimen de administración está más cercano a ésta, en lo que respecta a la administración patrimonial.

Al exigírsele la diligencia de un buen padre de familia hay que traer a colación el art. 1.104 del Cc el cual señala que para atender a la diligencia exigida hay que atender a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar⁴⁷⁹. Por tanto, no existe un criterio único para tener en cuenta la concurrencia de la responsabilidad, sino que en la misma van a influir diversos factores. GÓMEZ LAPLAZA⁴⁸⁰ para el caso de la posible responsabilidad del tutor, señala si puede entenderse la retribución del tutor como un agravante. La respuesta que concede es positiva, alegando bien la aplicación del 1.726 Cc⁴⁸¹ o por considerar que quien recibe un beneficio por su cargo tiene más motivos para cumplirlo con un mayor cuidado.

⁴⁷⁹ En este sentido PALOMINO DIAZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 405 dispone que: “En cualquier caso, es claro que la diligencia de un buen padre de familia es un concepto indeterminado; un criterio abstracto establecido con independencia de la obligación de que se trate que, pese a su carácter objetivo, debe aplicarse y concretarse en virtud de las características del supuesto en particular y por las circunstancias reseñadas en el párrafo primero del artículo 1.104 C.c”.

⁴⁸⁰ GÓMEZ LAPLAZA, C., “Comentario al artículo 270”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coords. AMORÓS GUARDIOLA, M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., VVAA, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 536.

⁴⁸¹ Art 1726: *El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido.*

CAPÍTULO VIII
LA SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO
PROTEGIDO

El artículo 7 se encarga de determinar los mecanismos de supervisión de la actuación del administrador del patrimonio protegido, que desde una visión sistemática de la norma hubiera encajado mejor haber dispuesto este precepto antes que el correspondiente a la extinción. Dicho artículo señala que:

1. 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.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir 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, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

Con la promulgación de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, se da una nueva redacción al tercer apartado:

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

*La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente*⁴⁸².

Este precepto reconoce un tipo específico de control sobre el administrador del patrimonio protegido, basado en una supervisión de carácter institucional cuya función la realiza el Ministerio Fiscal, el cual podrá estar asistido por un órgano específico creado por la LPPPD *ex profeso* para ayudar y asesorar al Fiscal. Éste órgano es la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (en adelante CPPPD), tal y como reconoce el art. 7.3 de la norma. Sin embargo, nada impide que en el documento constitutivo se haya previsto otro tipo de control que no recaiga sobre el Ministerio Fiscal, sino que puede llevarlo a cabo las personas que haya podido designar el constituyente del patrimonio, reforzando de este modo que la actuación del administrador va a repercutir siempre en beneficio de la persona con discapacidad, impidiendo que se malverse su patrimonio, y que se le pueda ocasionar algún tipo de perjuicio económico o incluso personal. De forma expresa lo apunta la Exposición de Motivos (apartado V) de la LPPPD: *“El primer aspecto que destaca de esta supervisión es que el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas.*

En segundo lugar, la supervisión institucional del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, respecto del cual se prevén dos tipos de actuaciones”. Estos dos tipos de actuaciones consistirán en una más genérica y permanente basada en la remisión de la información que ha de entregarle el administrador de forma periódica, y otra de carácter específica y puntual, cuando las circunstancias concretas lo demanden⁴⁸³.

⁴⁸² Este precepto únicamente ha sido modificado para adecuar la adscripción de dicha Comisión al nuevo Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, que anteriormente dependía del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. No obstante, recientemente se ha producido una remodelación ministerial, y el Ministerio competente para conocer de los asuntos sobre discapacidad, es el Ministerio de Sanidad y Política Social.

⁴⁸³ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El patrimonio especial del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 1944, matiza que: “la especialidad básica de la administración radica evidentemente en la adopción de medidas precautorias que eviten la malversación del patrimonio especial del discapacitado. La necesidad de tomar precauciones es obviamente menor si el administrador es el propio discapacitado, pues el único interesado en la gestión es el titular del patrimonio (el discapacitado), si él decide libremente parece que no tiene mucho sentido prever medidas de control para mantener la consistencia de su patrimonio”. A nuestro juicio este razonamiento lo consideramos acertado si configuramos el patrimonio protegido como una masa patrimonial con confusión de responsabilidades junto con el patrimonio personal. No obstante, si el patrimonio protegido ha de responder de sus propias deudas, aunque el administrador sea la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente es necesario que exista un control para que no pueda utilizar el patrimonio fraudulentamente, perjudicando a los acreedores, que puedan tener créditos pendientes frente a la persona con discapacidad.

I. LA SUPERVISIÓN VOLUNTARIA

1. Nombramiento

La supervisión voluntaria, frente a la legal que es la que le corresponde al Ministerio Fiscal, es aquella que ha establecido el constituyente del patrimonio protegido en el documento constitutivo, el cual posee un amplio margen de libertad para determinar las reglas que considere oportunas⁴⁸⁴. Como su propio nombre indica es de carácter voluntario, por lo tanto es discrecional de la voluntad del constituyente del patrimonio, establecerla o no. Obviamente para conseguir un mayor control de la actuación del administrador, lo conveniente sería establecer una fiscalización adicional por decirlo de algún modo, a la actuación del Ministerio Fiscal⁴⁸⁵. En este caso, pueden aplicarse las mismas reglas que para el caso de la administración, es decir, puede nombrarse de forma

⁴⁸⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 80, señala al respecto que “puede esta supervisión ser un medio muy útil para constituyentes, que, por las razones que sean, o bien no tengan una confianza plena en aquellos a quienes confían la administración del patrimonio protegido o bien quieran asegurar lo más posible que se cumpla la finalidad marcada por la Ley, y perfilada por ellos mismos, respecto al patrimonio que constituyen”.

⁴⁸⁵ El art. 9 del Borrador de la Fundación Aequitas establecía una supervisión específica creando un órgano concreto para tal cometido. Dicho precepto recogía la supervisión en los siguientes términos:

1. *Se crea la Fundación Patrimonial de la Discapacidad, que tendrá por cometido la supervisión de los patrimonios protegidos, cualquiera que sea su forma de administración.*

Los Estatutos de la Fundación Patrimonial de la Discapacidad se desarrollarán reglamentariamente, e incorporarán a su órgano de gobierno a representantes de los Ministerios de Justicia, Trabajo y Asuntos Sociales y Hacienda, así como de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad.

2. *En el ejercicio de sus funciones corresponderá a la Fundación Patrimonial de la Discapacidad:*

a) *Fiscalizar la actuación de los patrimonios protegidos en relación con la gestión patrimonial y económica y la correcta atención a los beneficiarios; solicitar cuanta información sea precisa para el ejercicio de la función supervisora;*

b) *Ejercitar ante el juez de primera instancia las acciones pertinentes, incluidas las de separación de su cargo y responsabilidad contra los consejeros o miembros de los órganos rectores de la entidad sin fines lucrativos; así como la intervención del patrimonio protegido de que se trate, cuando se observen irregularidades en la administración económica y patrimonial o en la atención al beneficiario;*

c) *Supervisar el proceso de liquidación del patrimonio protegido y, en su caso, el de reembolso de las cantidades confiadas por los aportantes y de adjudicación del exceso del beneficiario, en su caso.*

El Consejo de Gobierno de los patrimonios protegidos y las entidades que asuman su administración o gestión están obligados a cumplir las instrucciones de la Fundación Patrimonial de la Discapacidad para el ejercicio de las funciones que ésta tiene encomendadas.

3. *El Consejo de Gobierno de los patrimonios protegidos de administración familiar y las entidades sin fines lucrativos, en su caso, deberán remitir anualmente a la Fundación Patrimonial de la Discapacidad una mayoría de actuación en la que den cuenta de las gestiones patrimoniales que hayan realizado en los últimos doce meses, de los ingresos, gastos, variaciones patrimoniales acaecidas y, si se hubieran producido, los cambios en el Consejo. La memoria incluirá un inventario. Asimismo, deberán poner en inmediato conocimiento de la Fundación Patrimonial de la Discapacidad cualquier circunstancia que pueda afectar gravemente al patrimonio que tienen confiado o al beneficiario al que atienden”.*

directa la persona o personas que se van a encargar de la fiscalización de la actuación del administrador, o bien podrá determinarse las reglas del procedimiento de designación, en el mismo sentido que se expuso para el caso del sistema de la administración. Podrán establecerse además las causas de remoción o destitución del cargo, por ejemplo si la persona designada para llevar a cabo tal función no realiza su labor de forma adecuada. Es más, consideramos que incluso podría determinarse el régimen de responsabilidad que pueda existir entre el administrador y el fiscalizador si se provoca un daño a la persona con discapacidad, que puede ser imputado directamente a una acción del administrador, pero en la que la actuación de la persona designada para el control del mismo ha incidido en la causación del daño.

Podrá ser una persona única o varias quien realice dicha labor, como una especie de órgano de administración de una sociedad o entidad pluripersonal, en la que puede establecerse el régimen de actuación, es decir, si van a actuar de forma mancomunada o solidaria. Cabe preguntarse por otro lado, si es posible una fiscalización por parte de una persona jurídica sin ánimo de lucro. Pues bien, si hemos aceptado que puede ser administradora del patrimonio protegido una entidad jurídica, no habría impedimento alguno para aceptar que el control lo pueda realizar también un organismo de este tipo.

El caso del control por varios sujetos es idóneo para patrimonios bastante cuantiosos, en el que formarán parte de él bienes y derechos de diversa índole. Además, y posiblemente si la administración del patrimonio protegido la llevan a cabo varias personas, lo más probable es que la fiscalización también corresponda a diversos sujetos con el fin de facilitar el control de la actuación, lo que permitirá por ejemplo que si existen dos administradores de un patrimonio protegido, y se ha determinado en el documento constitutivo que habrá dos personas que se encarguen de controlar la actuación de los mismos, será mucho más sencillo obtener un control más riguroso de los actos que realicen los administradores, que en caso de que la supervisión la realizara una única persona. También es cierto que un sistema de control de este tipo será posible, o más frecuente en patrimonios de ahorro muy cuantiosos, y no tanto en patrimonios de gasto. A este respecto señala LEÑA FERNÁNDEZ ⁴⁸⁶ dos precisiones: la primera de ellas, es

⁴⁸⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 80 y 81.

que en caso de ser un órgano de fiscalización sobre un patrimonio cuantioso sería recomendable “la profesionalización de este órgano”, y por tanto que se encargue a entidades sin ánimo de lucro que estén especializadas en la atención de las personas con discapacidad. Y en segundo lugar “que, siempre que sea posible, por sus condiciones particulares y si tiene un mínimo de capacidad, se debe integrar en este órgano al propio discapacitado, al objeto de lograr su integración social y evitar su alejamiento de las cuestiones que le conciernen”.

Aquí habremos de distinguir si la persona beneficiaria del patrimonio protegido tiene capacidad de obrar suficiente o no. En el caso de que por ejemplo sea una persona con discapacidad, incapacitada judicialmente por una enfermedad psíquica, o sin estar incapacitada que padezca una enfermedad también de estas características en un estado avanzado como el caso del Alzheimer, difícilmente podrá tener la capacidad suficiente para comprender el alcance de la administración o el control de los actos sobre su patrimonio. No obstante, podremos encontrarnos casos en que la persona con discapacidad sí posea capacidad suficiente. Es más, que él mismo haya constituido el patrimonio protegido, pero que sin embargo ha preferido que sea otra persona la que se encargue de administrarlo por considerar que posee unas circunstancias personales que pueden ser más idóneas para llevar a cabo dicha labor. Puede ser el caso de una persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, que está casada con un contable. Obviamente debido a su especialización profesional en contabilidad, habrá considerado que es más apta para realizar la administración del patrimonio que él mismo, que no posee dichos conocimientos. Sin embargo, esto no es óbice para que la persona con discapacidad sí pueda formar parte del órgano de fiscalización, y de este modo pueda participar aunque sea de forma indirecta en la administración del patrimonio supervisando las funciones de su cónyuge-administrador.

2. Funciones

La función básica que tiene la persona o el órgano de supervisión, es la de fiscalizar o controlar la actuación de quien tenga atribuidas las funciones de administración. Lo deseable sería que esta función genérica venga desglosada en otras

más específicas que estarán previstas generalmente en el documento constitutivo, y que a su vez se conforman como un complemento idóneo junto la supervisión institucional para asegurar que realmente se está cumpliendo con la finalidad del patrimonio protegido, y por tanto la persona con discapacidad verá satisfechas sus necesidades, y los terceros de buena fe no se verán perjudicados. Como muy bien sintetiza LEÑA FERNÁNDEZ⁴⁸⁷ sus funciones pueden ser tanto cautelares, limitadoras, supervisoras, fiscalizadoras e interventoras, pero en todo caso podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para lo que considere oportuno, al amparo del art. 7.1 LPPPD, y comunicar el aumento de capacidad de la persona con discapacidad, “por encima de los límites necesarios para la existencia del patrimonio protegido (art. 2) a los efectos de provocar su extinción”.

En este sentido, el que el constituyente pueda establecer la fiscalización de la gestión es beneficioso en un sentido, porque se respeta la voluntad del sujeto que desea favorecer a la persona con discapacidad, “controlando” que el administrador del patrimonio protegido va a actuar con la diligencia debida y siempre a favor del beneficiario. No obstante, si el administrador del patrimonio protegido es el propio constituyente, o una persona por decirlo de algún modo cercana al beneficiario, las disposiciones establecidas sobre el control de la administración pueden ser menos rígidas, e implicar que la única fiscalización que realmente va a poseer el patrimonio protegido, es la que va a realizar el Fiscal, lo que nos lleva a la consecuencia que posteriormente se expondrá de que para llevar un control eficiente de la actuación del administrador, el Fiscal requerirá de una dedicación prácticamente exclusiva en temas relacionados con la discapacidad.

⁴⁸⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 81.

II. LA SUPERVISIÓN INSTITUCIONAL

1. El Ministerio Fiscal como garante de la protección de la persona con discapacidad. Sus funciones

La LPPPD otorga el peso del control al Ministerio Fiscal, por ser el garante de los derechos de las personas en general, y en particular de las personas con discapacidad. Según GANZENMÜLLER ROIG⁴⁸⁸ este deber de protección emana de dos vertientes: una es el art. 49 CE, y por otro del art. 124.1 de la misma norma que dispone que: *“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*⁴⁸⁹.

Normalmente la actuación del Ministerio Fiscal se había centrado sobre todo en los procedimientos de modificación de la capacidad o en el internamiento involuntario de la persona con discapacidad. No obstante, a partir de la promulgación de la LPPPD se le confiere al MF una nueva función, cual es la de ser el garante de que el patrimonio protegido realmente esté cumpliendo con su finalidad, y por tanto las mismas no se van a ver desamparadas.

El segundo nivel de control del patrimonio protegido por decirlo de algún modo, es el que se otorga al Ministerio Fiscal. Juega un papel primordial no sólo como garantizador de que la actuación del administrador sea la más beneficiosa para la persona con discapacidad, sino que sirve por decirlo de algún modo de intermediario entre el Juez y la persona con discapacidad, o todas aquellas personas que intenten bien constituir, o

⁴⁸⁸ GANZENMÜLLER ROIG, C., “Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico”, *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 759.

⁴⁸⁹ En este sentido el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su art.3 que cita las funciones del Ministerio Fiscal, señala algunas relativas a las personas con discapacidad, como tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley, o intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

aportar bienes y derechos al patrimonio protegido. Expresamente el art. 7 le concede la función de controlar la administración del patrimonio de la persona beneficiaria, no obstante, tal y como hemos ido viendo a lo largo del análisis del articulado de la LPPPD, el Fiscal ha ido apareciendo de una forma u otra en las distintas fases del patrimonio protegido.

En resumen, las diversas actuaciones que puede llevar a cabo el MF son las siguientes:

a) Constitución del patrimonio protegido: el Fiscal intervendrá cuando un tercero con interés legítimo solicite la constitución de un patrimonio protegido y los padres, tutores o curadores no presten el consentimiento para dicha actuación.

b) Aportaciones al patrimonio protegido: la actuación del MF será la misma que en el caso anterior, es decir, cuando un tercero intente realizar una aportación a dicha masa patrimonial, y se produzca una negativa de los padres, tutores o curadores.

c) Actuaciones relativas a la administración: el MF transmitirá al Juez la solicitud por parte del administrador o los constituyentes sobre la excepción de autorización judicial en los casos correspondientes. Por tanto, sirve como canalizador entre el constituyente, el administrador y el Juez. Además, cuando no pueda designarse administrador conforme a las reglas establecidas en el documento constitutivo tendrá que ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

d) Actuaciones relativas al control y la supervisión del patrimonio protegido: solicitar las medidas que considere adecuadas al respecto⁴⁹⁰.

El art.7.1 LPPPD le reconoce expresamente la función de solicitar al Juez lo que considere oportuno, siempre en beneficio de la persona con discapacidad, y en concreto:

a) la sustitución del administrador del patrimonio protegido, b) la modificación de las reglas relativas a la administración, c) establecer medidas específicas de fiscalización, d) la adopción de medidas cautelares, y e) la extinción del patrimonio protegido.

⁴⁹⁰ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 139, dispone que: “en relación a la solicitud de que sean acordadas por el juez estas medidas, que, salvo la relativa a la adopción de cautelas, son de muy fuerte incidencia sobre aspectos fundamentales que atañen al patrimonio protegido, puede considerarse, según ya se ha sugerido, que dicha solicitud también compete directamente, salvo que en otro sentido se haya pronunciado el constituyente del patrimonio en el documento correspondiente, a la persona o personas a las que voluntariamente aquél haya encomendado la fiscalización, con independencia de que también puedan siempre excitar en tal dirección al Ministerio Fiscal, a tenor de cuanto dispone el art. 7.1, párrafo segundo de la propia ley 41/2003.”

De este elenco de actuaciones que ha de llevar a cabo el MF, ya podemos sacar una conclusión anticipada, y es la siguiente: como hemos visto el Fiscal participa activamente de la vida del patrimonio protegido, ello implica que ha de tener un conocimiento suficiente de las actuaciones que se están llevando a cabo continuamente en torno al mismo, por tanto es necesario que exista un flujo de información constante⁴⁹¹. De ello se deriva que existe además un volumen de trabajo bastante extenso, sobre todo si tenemos en cuenta la escasa dedicación exclusiva que se posee tanto en el ámbito de la Fiscalía como de los Juzgados en temas de incapacitación, y de discapacidad. Al punto final donde pretendemos llegar es que para llevar a cabo un control eficaz de todos los aspectos relacionados con el patrimonio protegido, se requiere medios personales para ello, y debido a la saturación de la Justicia que reina en estos momentos, dicho requerimiento no se cumple. Por tanto, lo que ha de preocuparnos es que del extenso volumen de trabajo que poseen los Fiscales, ese control no pueda llevarse a cabo, no por su actuación deficiente, ni mucho menos, sino por no disponer del tiempo necesario para poder dedicarle a dichos asuntos. En este sentido, sería adecuada la creación de Juzgados especializados en temas de discapacidad, así como de Fiscales especialistas en el tema, para que realmente se cumpla la finalidad de la Ley.⁴⁹²

El Ministerio Fiscal, ha de realizar dos tipos de controles, uno de carácter anual o más genérico, y otro más específico cuando lo considere oportuno.

El primero de ellos se recoge en el art. 7.2, al referirse a las obligaciones del administrador, ya que éste ha de remitir anualmente la relación de su gestión y el inventario de los bienes y derechos que lo formen, aunque a nuestro juicio deberían constar también las deudas que pesen sobre el patrimonio, de este modo el Fiscal tendría un conocimiento más exhaustivo de la situación real en el que se encuentra. Si el

⁴⁹¹ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 1023, matiza en lo atinente a la función del Ministerio Fiscal que: “son tan numerosas las medidas que el Ministerio Fiscal puede tomar en atención al interés del beneficiario del patrimonio protegido que sólo cabe indicar que toda su labor se realizará bajo los principios de actuación en interés de la persona con discapacidad y principio de tutela institucional.”

⁴⁹² BOLÁS ALFONSO, J., “Comentarios a la Exposición de Motivos”, *Los Derechos de las Personas con discapacidad, vol. II, Aspectos Económicos y Patrimoniales*, dir. LAORDEN, J., coord. TERREROS, J.L., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007 pág. 974, señala a este respecto que: “el éxito del sistema de la ley en este punto dependerá en gran parte del aumento de la dotación presupuestaria ya que el sistema de la ley legal hace caer todo el peso de la supervisión en los fiscales cuyos medios y número será preciso aumentar.”

administrador únicamente le informa de los bienes que existen en ese momento, no se está reflejando el verdadero estado en el que se encuentra el patrimonio. Posiblemente el mismo esté sobreendeudado, pero el Ministerio Fiscal no podría tener conocimiento de dicha circunstancia, y no podría instar al Juez para que adoptara las medidas que considerara oportunas. Por tanto, el administrador ha de proporcionar la situación real del estado del patrimonio, tanto de los bienes y derechos que lo integran como de las deudas. De este modo el Fiscal puede considerar si el administrador está actuando de forma adecuada, o si por el contrario está perjudicando a la persona con discapacidad.

Por otro lado, posee una función de carácter más específico que se basa en la solicitud de la información, aclaraciones o documentación que considere oportunas al administrador, sin necesidad de poseer carácter anual, y de este modo si cree que es pertinente, podrá solicitar al Juez cualquier tipo de medida relacionada con la administración del patrimonio protegido, bien sea la sustitución del administrador, el establecimiento de medidas concretas de control, incluso instar la extinción del patrimonio. Si por ejemplo el Fiscal tiene constancia de que el administrador no está actuando con la diligencia que le corresponde, es decir, con la diligencia de un buen padre de familia, podrá solicitar del administrador la información correspondiente a la gestión que ha estado realizando hasta el momento, y así considerar la opción de destituir a dicho administrador y solicitar, si en el documento constitutivo no se ha establecido nada al respecto, al Juez el nombramiento de un nuevo administrador.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA⁴⁹³ considera “excesivo e intervencionista” el control que se realiza sobre el patrimonio protegido, “pues, a no ser por la vigilancia de los beneficios fiscales, debería regir el máximo respeto posible a su autonomía de la voluntad”. Por lo que respecta a esta precisión compartimos su opinión, ya que el sistema de control que articula la LPPPD parece más propio de un patrimonio separado propiamente dicho, en el que existe limitación de responsabilidades entre éste y el patrimonio general. Éste es uno de los motivos por los que consideramos que el legislador sí tenía en mente un patrimonio que únicamente respondiera de sus propias deudas, a pesar de que expresamente no lo dispusiera la Ley.

⁴⁹³ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 204.

En otro orden de cosas, coincidimos con la crítica que realiza DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ⁴⁹⁴ por lo que respecta a la competencia del Ministerio Fiscal. La autora apunta que: “Por otra parte si centramos nuestra atención en las, verdaderamente extensas, competencias de la supervisión y control del Ministerio fiscal podemos observar claramente que se circunscriben fundamentalmente a los patrimonios constituidos a favor de discapacitados psíquicos menores o incapacitados, pero no a los creados por el propio beneficiario, sea discapacitado físico o con capacidad suficiente apreciada en el momento de constitución, por lo que a pesar de pecar de insistente, vuelvo a poner de manifiesto los peligros que entraña el hacer uso indebido de este concepto que posibilitará que estas masas patrimoniales queden fuera de control, sean gestionadas por el propio sujeto, o por personas jurídicas o entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención de personas con discapacidad, a las que alude el Preámbulo de la ley”.

Como muy bien defiende dicha autora, parece ser que la constitución de un patrimonio protegido por la persona con discapacidad, escapa del control institucional o incluso voluntario sobre la actuación del administrador sea quien sea. En este sentido, es primordial defender a la persona con discapacidad, y tener en cuenta sobre todo su interés, sin embargo que el que prevalezcan sus intereses no ha de que implicar que pueda disponer del patrimonio protegido libremente, sobre todo teniendo en cuenta la relación que puede existir con terceros. Este aspecto se pondría sobre todo de relieve, al defender la tesis de que dicho patrimonio ha de responder única y exclusivamente de sus propias deudas. Por tanto sin un control del Fiscal y de quien se hubiera dispuesto al respecto en el documento constitutivo, estaríamos posibilitando el fraude de acreedores. En conclusión, si queremos que opere la limitación de responsabilidad es necesario un sistema de fiscalización riguroso con independencia de quien haya constituido el patrimonio, y quien sea el administrador⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La constitución de un patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 109.

⁴⁹⁵ En este sentido, RIVERA ÁLVAREZ, J.M., “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 50, 2004, pág. 100, critica el mecanismo de supervisión establecido en la LPPPD en los siguientes términos: “conviene decir que el mecanismo de supervisión trazado es imperfecto por cuanto que, a falta de constitución judicial, la simple constancia registral del nombramiento de administradores no beneficiarios no será bastante para que el Ministerio Fiscal tome noticia, recabe la rendición de cuentas y lleve a cabo los cambios precisos que vemos en el art. 7.1 de la Ley.”

2. Competencia del Fiscal

Por lo que respecta al Fiscal competente para realizar la supervisión del patrimonio protegido, la Exposición de Motivos y la modificación del art. 3.3 de la LPPPD aclaran que es competente el Ministerio Fiscal correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad. Si el Fiscal únicamente se encargara de controlar la actuación del administrador, posiblemente podría aceptarse que tuviera competencia el Fiscal correspondiente al domicilio del administrador, básicamente porque se agilizarían los trámites, y porque posiblemente sería más sencillo por proximidad que fuera él mismo. No obstante hemos visto que el Fiscal no se encarga únicamente de controlar la gestión del patrimonio, sino que desde el mismo momento de la constitución participa de todos los actos que se deriven del patrimonio protegido, ya bien sea de manera directa o indirecta, como canalizador de las peticiones de las partes interesadas con el juez. Por tanto, lo más lógico es que se encargue el Fiscal que tenga competencia en el territorio donde radique el domicilio de la persona con discapacidad⁴⁹⁶.

III. LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La CPPPD⁴⁹⁷ es un órgano adscrito después de la reciente remodelación ministerial al Ministerio de Sanidad y Política Social, cuya regulación se contiene en el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, de composición, funcionamiento y funciones de

⁴⁹⁶ Imaginemos que la persona con discapacidad reside en un pueblo de Madrid, y por motivos laborales el administrador del patrimonio protegido está viviendo en Asturias, ello implica que la supervisión de la administración la lleva a cabo un Fiscal que reside en Asturias, mientras que la persona con discapacidad reside Madrid, obviamente esta lejanía entre territorios puede dificultar un control eficiente de la actuación del administrador. De ahí la conveniencia de que el fiscalizador sea el Fiscal correspondiente al municipio donde resida la persona con discapacidad.

⁴⁹⁷ El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida introdujo una enmienda (la núm. 10) de sustitución del art. 7. 3 en los siguientes términos: “Se propone sustituir Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por un texto del siguiente tenor: Comisión Mixta de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, adscrita a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Justicia”. La justificación de dicha enmienda se basaba en que era necesario incorporar al Ministerio de Justicia, por las implicaciones jurídicas que poseía dicha materia, y porque el Proyecto establecía la implicación de Jueces, Fiscales, Notarios y Registradores. Por su parte, el Grupo Socialista también introdujo una enmienda en el mismo sentido que la citada, por considerar que la materia de la ley era necesario que fueran partícipes de la Comisión, miembros del Ministerio de Justicia.

la CPPPD⁴⁹⁸, modificado por el RD 2270/2004, de 3 de diciembre⁴⁹⁹. La propia LPPPD señala cuales son las funciones genéricas de dicha Comisión, en concreto ser el órgano de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en las funciones de supervisión de la administración del patrimonio protegido.

Las funciones de la CPPPD se regulan de forma amplia y exhaustiva en el art. 2 del RD, y comprende las siguientes actuaciones:

- a) Apoyar al MF en las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido de las persona con discapacidad.
- b) Asesora al MF en el examen de la rendición de cuentas del administrador, y de la gestión e inventario de los bienes y derechos que formen el patrimonio. Además colabora en la petición de información de la documentación adicional al administrador.
- c) Emite informes sobre la administración del patrimonio protegido cuando le sean solicitados por el fiscal, y puede recabar asesoramiento de entidades públicas o privadas de carácter técnico, cuando sea necesario.
- d) Elabora una memoria anual sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que será presentada al Consejo Nacional de la Discapacidad⁵⁰⁰.
- e) En materia normativa, puede proponer al Ministerio al que está adscrito la elaboración y difusión de materiales que informen a la sociedad sobre la legislación relativa a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, así como ser consultada para elaborar normas que incidan sobre dicha materia, o por último elaborar estudios, investigaciones o propuestas para una mejora de las instituciones jurídicas de protección patrimonial.

El art. 3 se encarga de determinar su composición, en concreto está formada por un presidente, los vicepresidentes, los vocales y el secretario. Los arts. 4 y 5 señalan el funcionamiento de la CPPPD, en Pleno y en Comisión Permanente, aunque pueden

⁴⁹⁸ BOE de 6 de febrero de 2004, núm. 32.

⁴⁹⁹ BOE de 17 de diciembre de 2004, núm. 303.

⁵⁰⁰ Dicha institución es un órgano de carácter consultivo que permite que tanto las familias de personas con discapacidad, así como las entidades de carácter representativo de las mismas, puedan participar en la elaboración de políticas destinadas a su protección.

crearse grupos de trabajo para realizar de forma más eficiente sus funciones, y las sesiones de dichos órganos. En concreto el Pleno se reunirá una vez al semestre de forma ordinaria, y con carácter excepcional cuando lo solicite el Presidente, ya sea por iniciativa propia, o por la petición de al menos la mitad de sus miembros. La Comisión Permanente puede reunirse las ocasiones que sea necesario, y a las mismas podrán asistir las personas y entidades que se considere oportuno, por lo temas que van a ser tratados, con voz pero no voto.

CAPÍTULO IX
LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO

El artículo 6 de la LPPPD se encarga de recoger las causas de extinción del patrimonio protegido de la persona con discapacidad en los siguientes términos:

1. *El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta ley.*

2. *Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.*

Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

3. *Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta ley.*

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones.

I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Dos son las causas que se contemplan como extintivas del patrimonio protegido: por un lado la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad, y por otro la pérdida de dicha condición. Son causas obvias, es decir, si se constituye un patrimonio sometido a determinada condición, en el momento que la misma desaparece

lógicamente el patrimonio está llamado a desaparecer⁵⁰¹. El art. 7.1 contiene otra causa de extinción, al señalar que el Ministerio Fiscal en su función de fiscalizador puede solicitar al Juez lo que convenga en beneficio de la persona con discapacidad, incluyendo entre otras posibilidades la extinción del patrimonio protegido. Así frente a las dos causas anteriores, cabe una tercera posibilidad y es su extinción por decisión judicial. Sin embargo, la doctrina considera que existen otras causas de extinción como el vaciamiento patrimonial o la insolvencia del patrimonio protegido. Por ejemplo, LUNA SERRANO⁵⁰² y CUADRADO IGLESIAS⁵⁰³ manifiestan que existen otras dos causas de extinción del patrimonio protegido. La primera de ellas es que dejen de existir bienes y derechos que integren dicho patrimonio, o que sean insuficientes por ejemplo por ser insolvente el titular.

Aquí habría que hacer una precisión, y es que no deben considerarse como causas de extinción inmediata, como ocurriría en el caso de la pérdida de condición de persona con discapacidad. El patrimonio protegido se nutre con las aportaciones de los sujetos que están relacionados por cualquier tipo de vínculo, bien sea afectivo, familiar o simplemente por motivos altruistas, con la persona con discapacidad. Ello implica que puede existir un período temporal en el que no se realicen aportaciones, lo que no impide que transcurrido un tiempo vuelvan a aportarse bienes. Un patrimonio protegido que por diversas circunstancias se quedara sin bienes en un determinado momento no ha de implicar necesariamente que de forma permanente lo esté, porque puede ser que la persona con discapacidad por ejemplo reciba una herencia bastante importante. Lo que queremos decir, es que a pesar que el patrimonio protegido quede sin bienes, habría que esperar un tiempo razonable para su extinción si al mismo no se realizan aportaciones, porque en otro sentido una extinción inmediata y directa, implicaría que si se desea realizar aportaciones por parte de terceros distintos a la persona con discapacidad, habría que constituir un nuevo patrimonio, con todos los gastos que ello comporta.

⁵⁰¹ A este respecto el Grupo Parlamentario Socialista incluyó una enmienda (la núm. 21) en la que se introducía una nueva causa de extinción. La enmienda pretendía la modificación del art. 6.1 en los siguientes términos: “[...]2.2 de esta Ley o por concurrir situaciones de insolvencia que hayan dado a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación. En este último supuesto no será de aplicación lo previsto en el artículo 4.3, respecto del destino que deba darse a los bienes aportados en caso de extinción”.

⁵⁰² LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 141.

⁵⁰³ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 1149.

La segunda de las causas que se considera como incentivadoras de la extinción del patrimonio protegido, es la decisión de las partes de poner fin al mismo. Es decir por la autonomía de la voluntad, causa amparada en el art. 1.255 Cc, aunque como veremos en un momento posterior plantea diversos interrogantes.

No obstante, a pesar de todo lo dicho hasta el momento la Exposición de Motivos en su apartado IV señala respecto las causas de extinción que “*dejando al margen el caso especial de que el juez pueda acordar la extinción del mismo cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad, sólo se produce por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o al dejar éste de padecer una minusvalía en los grados establecidos por la ley*”. En este sentido y de la literalidad de la Exposición de Motivos parece que la LPPPD únicamente reconoce como causas de extinción las que disponen los preceptos correspondientes, por la expresión empleada: “*sólo se produce*”, lo que nos está indicando que únicamente ésas pueden ser las causas de extinción del patrimonio⁵⁰⁴.

1. Muerte y declaración del fallecimiento de la persona con discapacidad

La muerte y declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad puede operar como una causa directa e inmediata en la extinción del patrimonio protegido. Una vez que se produce uno de estos dos hechos, el patrimonio deja de tener sentido al no poder cumplir su función esencial, y por lo tanto está llamado a desaparecer. En este caso el instrumento de acreditación de la muerte será el certificado de defunción que emita el correspondiente Registro Civil, mientras que para el segundo caso será la declaración judicial de fallecimiento. El Cc en los arts. 193 y 194 determina los plazos del cómputo

⁵⁰⁴ El Borrador que elaboró la Fundación Aequitas sobre el patrimonio protegido, recogía en su artículo 4, la modificación y extinción del patrimonio protegido. Éste último extremo se regulaba en los apartados 3º y 4º en los siguientes términos:

3. *Los patrimonios protegidos perderán su condición de tales: a) Por la muerte del beneficiario o la pérdida de la condición de discapacitado. b) Por consunción del patrimonio. c) Por resolución judicial dictada atendiendo al interés de la persona discapacitada. La acción podrá ser ejercida por el ministerio fiscal, la Fundación Patrimonial de la Discapacidad a que se refiere el artículo 9 o quienes acrediten un interés legítimo. La autoridad judicial competente podrá proceder de oficio cuando el beneficiario del patrimonio protegido sea una persona incapacitada que se halle bajo su jurisdicción.*

4. *Una vez perdida la condición de patrimonio protegido, el Consejo o, en su caso, la entidad sin fines lucrativos, procederá a su liquidación. Practicada dicha liquidación, los aportantes tendrán derecho al reembolso de las cantidades aportadas. No alcanzando el patrimonio para el reembolso de la totalidad de dichas aportaciones, el reintegro se hará en proporción a las cantidades respectivamente aportadas. Si quedara remanente se distribuirá aplicando la misma fórmula proporcional.*

del tiempo, para reputar a la persona fallecida, mientras que los arts. 195 y 196 regulan los efectos de la declaración. Para lo que aquí nos interesa hemos de tener en cuenta el art.195 Cc en concreto su apartado segundo que señala que: *“Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario”*. Por tanto será a partir de la fecha que determine la declaración de fallecimiento el momento en que se repute la extinción del patrimonio protegido.

LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁰⁵ señala que previamente ha podido existir declaración de ausencia, lo que por otro lado no es causa de extinción. En este caso la administración del patrimonio protegido seguirá correspondiendo al administrador nombrado en el documento constitutivo del mismo, o designado posteriormente a la constitución, y no al administrador que nombra el juez *ex profeso* para conservar y evitar la disgregación de los elementos del patrimonio. No obstante, el Juez en virtud de las facultades que le atribuye la ley al respecto, puede determinar el cambio de administrador cuando lo solicite el Ministerio Fiscal por ser más adecuado a las circunstancias concurrentes. Sin embargo, se cuestiona qué ocurre si el administrador del patrimonio protegido es a su vez la persona beneficiaria del mismo, que posee capacidad de obrar suficiente. En este caso respecto la posibilidad de aplicar las reglas de la ausencia o bien la LPPPD, opta por la segunda, por lo que en este supuesto el MF podrá solicitar al Juez lo que considere pertinente, lo que en este caso en concreto consistirá en la facultad de nombrar un nuevo administrador para el patrimonio protegido.

¿Qué ocurriría sin embargo, si la persona que se ha declarado fallecida aparece después de extinguido el patrimonio protegido? El art. 197 Cc señala a tal efecto que: *“Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”*. La LPPPD es clara y señala que la declaración de fallecimiento produce la extinción del patrimonio. Desde el momento en que se emita dicha declaración se

⁵⁰⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 123.

considerará extinguido el patrimonio protegido. Si aparece la persona declarada fallecida el patrimonio protegido está extinto, y por tanto podría si así lo considera oportuno tanto él, como las personas que legitima la ley, volver a constituir un patrimonio protegido. El art. 197 se aplicará en el caso de que al patrimonio extinguido se le apliquen los efectos del art. 6.2 LPPPD, es decir, que se haya integrado el caudal relicto en el patrimonio personal de los herederos, en virtud de comprenderse dichos bienes en la herencia del declarado fallecido. No obstante, dicha regla no operará para el caso del art. 6.3 LPPPD, es decir, que el aportante de un bien al patrimonio protegido hubiera determinado un destino diferente a los establecidos en el art. 6, para el caso de la extinción del patrimonio protegido.

2. Pérdida de la condición de persona con discapacidad

La última causa que reconoce el art. 6 es la pérdida de la condición de discapacidad, que es el requisito *sine qua non* para la constitución del patrimonio. Si no se posee el grado que determina el art. 2 de la LPPPD no se puede ser titular de un patrimonio protegido. Por tanto en el momento en que se pierde dicho grado, obviamente siempre en un grado menor al que determina la norma, se extingue el mismo⁵⁰⁶.

No obstante, esta causa no opera de forma automática, ya que se requiere algún instrumento que certifique la disminución del grado de discapacidad, con independencia de que la persona con discapacidad esté incapacitada o no. En principio estos medios serán los mismos que se utilizan para acreditar el grado de discapacidad, es decir, el certificado administrativo que recoge el grado emitido por los equipos de valoración correspondientes, y la resolución judicial. Es indiferente, que se produzca una revisión de la capacidad de la persona con discapacidad que pueda implicar un cambio de sistema tuitivo, o que la capacidad de la persona con discapacidad aumente, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites que imponen los grados que determina la LPPPD para ser

⁵⁰⁶ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 1016, considera respecto esta causa de extinción que: “sólo extingue el patrimonio protegido cuando se produce una recuperación de la capacidad del beneficiario que la sitúe por debajo de los porcentajes citados en el artículo 2. Aunque más bien parece que perdería los beneficios fiscales que se proporcionan en atención a la discapacidad. En este caso entiendo que el beneficiario podrá decidir que permanezca el sistema de administración fundamentado en su voluntad o que éste se extinga. Si optara por su continuidad el administrador será el representante voluntario y no legal”.

beneficiario de un patrimonio protegido. Ello implica que una persona con discapacidad psíquica en un grado del 40 % que estaba incapacitada y que a su vez era titular de un patrimonio protegido, si se produce una revisión de su discapacidad y ésta disminuye a un 35% por ejemplo, al estar dentro de los límites que señala la norma, su patrimonio protegido no se extinguiría. Cuestión distinta es que disminuya a un 30%, que obviamente al estar por debajo del grado exigido sí produciría la extinción del mismo. Lo mismo puede ocurrir si el juez decreta la sustitución de la tutela por la curatela o a la inversa, siempre y cuando se respeten los grados.

Por lo que respecta a los instrumentos que han de certificar ese descenso del grado de discapacidad, el certificado administrativo no ofrece dudas. Lo que puede plantear algún problema es la resolución judicial al igual que ocurría en el caso de la acreditación para la constitución de un patrimonio protegido. En concreto si es la sentencia procedente del orden social, única y exclusivamente la que ha de utilizarse como medio para la extinción del patrimonio o se puede admitir también la del orden civil. LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁰⁷ considera que sólo la del orden social, por entender que la jurisdicción civil y laboral, tienen competencias diferentes al respecto, ya que una persona incapacitada judicialmente no es una persona con discapacidad si no está valorada por los equipos de la Administración. No compartimos esta opinión, ya que obviamente la resolución judicial del orden social, al conocer de un recurso sobre la valoración de la discapacidad de una persona es uno de los medios que sirven de acreditación, sin embargo como ya se explicó en su momento, no consideramos que exista ningún obstáculo para que la sentencia del orden civil también pueda contener dicho grado si se basa en el oportuno certificado administrativo correspondiente.

En este caso, podemos encontrarnos que por cualquier circunstancia una persona que tenía un grado de discapacidad por encima de los exigidos por la ley, se le vuelve a graduar dicha discapacidad y en el certificado administrativo correspondiente se determina que la misma es inferior a los grados requeridos por la LPPPD. Si esa persona estaba sometida a curatela o tutela, y se acude al juez para que resuelva lo que proceda en atención al certificado administrativo, esta sentencia del orden civil puede recoger

⁵⁰⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 125 y 126.

también la disminución del grado de discapacidad, al igual que ya han hecho diversas Audiencias para determinar la incapacitación de una persona. Por tanto esa sentencia del orden civil, puede ser un medio de acreditar también la disminución del grado de discapacidad por debajo de los niveles exigidos, y así instar la extinción del patrimonio protegido.

ENTRENA PALOMERO⁵⁰⁸ considera que la resolución judicial que determinará la pérdida de la discapacidad requerida por la LPPPD es una resolución declaratoria que discurrirá por el procedimiento de jurisdicción voluntaria “sin que se exijan los trámites del procedimiento contradictorio de incapacitación y ello por aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional 1ª y por la disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica de Protección del menor”. Esta disposición señala que: “*Con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria*”. Por tanto, al movernos en un procedimiento de jurisdicción voluntaria de ámbito propiamente civil, la resolución judicial que determine la modificación de la capacidad es de carácter civil. No habría obstáculo alguno para defender que la resolución judicial del ámbito civil puede servir perfectamente para probar la disminución del grado de discapacidad.

LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁰⁹ señala además que la materia relativa al patrimonio protegido “el interés prioritario, que debe conformar cualquier actuación, es el de proteger y dar cumplimiento al específico destino de que se trate que, en nuestro caso no es otro que el interés del discapacitado. En consecuencia, hablar de cualquier persona, como posible legitimado para ejercitar una determinada acción relativa al patrimonio protegido, tendrá todo sentido cuando se trate de evitar algún perjuicio al discapacitado (art.7) pero no cuando, como en este caso, lo que se pretende causar es un perjuicio (la pérdida de los beneficios que supone ser titular de un patrimonio protegido) simplemente por haber bajado, a lo peor solo en un punto, su discapacidad, por ejemplo del 33% al 32% en su discapacidad psíquica o del 65% al 64% en su discapacidad física o sensorial”. Considera

⁵⁰⁸ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 1016.

⁵⁰⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., págs. 126 y 127.

además que el MF no podrá solicitarla de oficio a pesar del amplio espectro de posibilidades que le otorga el art. 7.1 LPPPD. En este sentido no estamos del todo de acuerdo. Es cierto que hay que proteger a la persona con discapacidad, pero no olvidemos que existen terceros de buena fe que pueden verse perjudicados. Al Ministerio Fiscal, como la Ley le ha otorgado unos poderes tan amplios por lo que respecta al patrimonio protegido, consideramos que en el momento en que tenga constancia de la disminución del grado de discapacidad por debajo de los mínimos señalados en la LPPPD, debería ponerlo en conocimiento del Juez para que extinguiera el patrimonio protegido. No podemos mantener la limitación de responsabilidades entre patrimonios como pretendemos, si el hecho esencial que faculta o fundamenta esa necesidad de evitar la confusión de deudas desaparece.

3. Por decisión judicial

La extinción judicial derivada de la decisión del juez no se recoge expresamente en el art. 6, sino que la misma se deduce de la lectura del art. 7.1 de la LPPPD. La extinción por decisión judicial tendrá que venir condicionada a que de la misma se produzca un beneficio para la persona con discapacidad y para los acreedores, lo que implica que la existencia del mismo esté perjudicando a su titular. Por tanto únicamente en el caso de que la extinción del patrimonio protegido produzca un beneficio para la persona con discapacidad, podrá instarse la misma. Mientras un patrimonio va satisfaciendo las necesidades de su titular implica que esa masa patrimonial tiene bienes y derechos suficientes para cubrir los gastos que tiene su titular. Sin embargo, puede ocurrir que en este caso en concreto el administrador esté llevando a cabo negligentemente su actuación, lo que ha comportado el nacimiento de tal cantidad de deudas que es imposible satisfacerlas con los bienes que existen tanto en el momento presente, como los que pueden existir en un futuro no muy lejano. En este caso, el MF podría instar al Juez para que decretara la extinción del patrimonio, ya que su permanencia ocasionaría un perjuicio patrimonial muy importante. LEÑA FERNÁNDEZ⁵¹⁰ considera que no es suficiente con que se produzca el perjuicio, “sino que será necesario que éste no pueda ser suprimido o

⁵¹⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 126 y 129.

evitado por otro medio, como pueda ser una actuación que provoque la desaparición de esa circunstancia que, conectada con el patrimonio concreto, produce dicho perjuicio para el beneficiario, actuación que puede ser la modificación subjetiva, objetiva o funcional de dicho patrimonio, cosa que también permite decretar al juez el art. 7.1”. En conclusión señala que: “en consecuencia, antes de proceder a suprimir este beneficio, el juez tendrá que ver si es posible eliminar, de cualquiera de los dos modos antedichos, las circunstancias que lo convierten en un perjuicio y que, de no poderse eliminar, hagan conveniente para el beneficiario su extinción”⁵¹¹.

Por su parte, LÓPEZ-GALIACHO PERONA⁵¹² apunta que la LPPPD no ha recogido como posible causa de extinción, el que la persona discapacidad que constituyó en su momento el patrimonio sea posteriormente incapacitada judicialmente. Señala que será el Juez el que decida al respecto si mantiene el patrimonio protegido modificando las reglas de administración o extinguirlo si lo considera oportuno. No obstante, hay que tener en cuenta siempre la voluntad de la persona con discapacidad, que en el acto constitutivo pudo prever su futura incapacitación, y haber establecido diversas previsiones al respecto, como el mantenimiento del patrimonio protegido. No consideramos que la incapacitación judicial opere en sí misma como una causa de extinción del patrimonio, ya que puede permanecer igualmente con independencia de la sentencia de incapacitación judicial. Además perfectamente puede darse la situación contraria, es decir, que se extinga el patrimonio protegido por decisión judicial a pesar de que el beneficiario cumple los requisitos de la LPPPD, si le está provocando un perjuicio patrimonial, por ejemplo por estar adquiriendo deudas sin poder ser sufragadas.

⁵¹¹ En este sentido señala tres requisitos para que se produzca la resolución extintiva. El primero de ellos es que cualquier persona lo solicite al Fiscal o bien éste de oficio, lo comunique al juez. El segundo se basa en la apertura de diligencias previas, en los casos que no actúe de oficio, las cuales tendrán como finalidad comprobar que realmente existe un perjuicio para la persona con discapacidad, y por último una solicitud al Juez por parte del MF de la resolución extintiva del patrimonio protegido y la apertura del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

⁵¹² LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 202.

4. Vaciamiento del patrimonio protegido

Esta causa aunque no aparezca recogida expresamente en el art. 6, según ENTRENA PALOMERO⁵¹³ podría aceptarse porque el patrimonio no puede cumplir la finalidad para el que fue creado, al no ser las aportaciones suficientes para su cumplimiento. La desaparición de los bienes puede producirse tal y como señala, bien sea por su destrucción física o jurídica o porque se pierdan. Sin embargo, al respecto consideramos que hay que traer a colación la fundamentación que realiza GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵¹⁴ el cual considera que hay que diferenciar entre creación y dotación del patrimonio, y el patrimonio en sí y su contenido⁵¹⁵. Por este motivo considera que el contenido incluso total del patrimonio protegido se ha podido perder, “pero por este solo hecho no se extingue el patrimonio protegido, sino que queda en una especie de estado latente, a la espera de que ingresen en el mismo nuevos bienes y derechos. Esta idea explicaría por qué el art. 6 de la Ley 41/2003 no incluye dentro de las causas de extinción del mismo la pérdida o extinción de todos los bienes o derechos”. En este aspecto compartimos totalmente su opinión, a nuestro juicio el patrimonio protegido ha de configurarse como un verdadero patrimonio separado, como ya se dispuso en un apartado anterior de este análisis, y no como un mero conjunto de bienes con un régimen fiscal específico, porque de otro manera, no tendría sentido el patrimonio protegido de la persona con discapacidad. Del mismo modo que el patrimonio general por no tener bienes y derechos no deja de ser patrimonio, debe ocurrir lo mismo con el patrimonio protegido. Asimismo ha de ponerse en relación con la posibilidad de su extinción en el caso de que el mismo no tenga bienes para satisfacer sus necesidades, y lo que esté provocando es un grave perjuicio tanto para él como para terceros. En este sentido habría que disponer del poder que se le confiere al juez para proceder a su extinción y evitar que siga produciendo un daño.

⁵¹³ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 1017.

⁵¹⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, págs. 171 y 172.

⁵¹⁵ MARTÍNEZ DIE, R., *La constitución del patrimonio especialmente protegido...*, *op.cit.*, pág.185, dispone en este sentido que “el hecho de que no se contemple como causa de extinción la pérdida de todos los bienes integrantes de la masa pone de manifiesto, una vez más, la diferencia entre la aparición y mantenimiento de este patrimonio separado y su dotación, es decir, entre acto-creación y acto-dotación”.

5. Acuerdo de las partes

LUNA SERRANO⁵¹⁶ dispone que es posible considerar como causa de extinción del patrimonio protegido, la decisión de la partes de extinguirlo siempre y cuando, en el documento constitutivo no se hubiera estipulado lo contrario. Tal y como señala, esta posibilidad estaría amparada por el principio de autonomía de la voluntad, que como ya sabemos llegados a este punto, es uno de los principios rectores que rige o impregna la LPPPD. Este supuesto plantea diversos problemas de difícil solución, sobre todo al aplicar una de las premisas de la teoría general del patrimonio, que dispone que nadie puede crear, modificar o extinguir un patrimonio si no es en virtud de la Ley. En principio no cabría aceptar esta opción, sobre todo si de la extinción del patrimonio por la voluntad de las partes pueden verse perjudicados terceros de buena fe.

En sentido contrario, el patrimonio protegido es en cierto sentido un mecanismo voluntario de favorecer a la persona con discapacidad, no es como por ejemplo la administración del patrimonio general por parte del tutor cuando la sentencia de incapacitación lo impone. Es decir, en el primer caso es potestativo mientras que en el segundo es imperativo. Por otro lado, si para la extinción del patrimonio ha de mediar acuerdo de las partes, éstas deberían ser tanto la persona que lo ha constituido, los aportantes, y los acreedores que puedan existir sobre el patrimonio, pero teniendo en cuenta que la extinción no va a implicar la desaparición de los créditos de los acreedores, si no que deberá procederse a liquidar el patrimonio protegido, y satisfacer las deudas que éste posea.

RIVERA ÁLVAREZ⁵¹⁷ dispone que: “no plantea la Ley otras posibilidades de extinción que pueden darse, como que se produzca la terminación por propia voluntad del beneficiario o del administrador. Y no sólo porque hay que tener presente que la autonomía privada del beneficiario se respeta plenamente en la Ley – véase la exposición de motivos – sino porque, pudiera ocurrir, que el mantenimiento de dicho patrimonio sin liquidar pudiera derivar en un problema serio de liquidez o solvencia al propio beneficiario, por ejemplo. Ahora bien, en el caso de que fuera el administrador quien se

⁵¹⁶ LUNA SERRANO, A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 141.

⁵¹⁷ RIVERA ÁLVAREZ, J.M., *Una perspectiva civil...*, *op.cit.*, pág. 101.

percibiera de tales circunstancias por carecer de capacidad el beneficiario, sólo cabría solicitar la intervención del Ministerio Fiscal en la forma antes prevenida”.

En este aspecto tenemos nuestras dudas, ya que aceptar la extinción del patrimonio protegido por voluntad de las partes, puede resultar especialmente peligroso. Optamos por considerar que la mejor opción es ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, si existe alguna circunstancia que puede hacer peligrar la solvencia del patrimonio protegido, y que se comunique dicho hecho al Juez para que resuelva lo que considere oportuno, para garantizar los intereses tanto de la persona con discapacidad, de los acreedores del patrimonio y de terceros de buena fe.

6. El patrimonio protegido y el concurso de acreedores

Como ya se apuntó anteriormente, la insolvencia fue una de las causas que se pretendían incluir como inductoras de la extinción del patrimonio, aunque la misma no tuvo éxito, porque se consideró que era suficiente con el régimen general para las situaciones de insolvencia.⁵¹⁸ El art. 1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio⁵¹⁹ (en adelante LC), prevé la declaración concursal tanto de la persona natural como de la persona jurídica. Por tanto, las personas con discapacidad o aquellas que han sido incapacitadas judicialmente pueden verse sometidas a un proceso de declaración concursal, si se cumple el presupuesto del art. 2 de dicha norma, o lo que es lo mismo su insolvencia. Por otro lado, la LC no determina ninguna concreción al respecto sobre las personas incapacitadas, las cuales deberán actuar mediante su representante legal. No obstante como dispone DUQUE DOMÍNGUEZ⁵²⁰ “el dinamismo del ordenamiento jurídico ha introducido nuevos problemas enmarcados en el marco de la problemática del concurso de menores e incapacitados. Las cuestiones que propone la introducción de este patrimonio especialmente protegido de personas con discapacidad están relacionadas con el tratamiento de este patrimonio en caso de concurso del discapacitado o, en caso de que se admita, de concurso del mismo patrimonio protegido”. En la realidad cotidiana

⁵¹⁸ Diario de Sesiones del Senado, nº. 528, de 21 de octubre de 2003, pág. 33.

⁵¹⁹ Publicada en el BOE de 10 de julio, núm. 164.

⁵²⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *Consideraciones sobre el concurso...*, *op.cit.*, pág. 44.

podríamos encontrarnos con personas que poseen algún tipo de discapacidad de tipo físico por ejemplo, y que estuvieran ejerciendo una actividad comercial. En este caso los problemas que podrían plantearse son numerosos, debido a que ni la LC ha previsto el régimen para las personas con discapacidad, ni la LPPPD ha recogido ninguna referencia a la posibilidad de procedimiento concursal.

Se puede decir que el concurso de acreedores ha de considerarse como una causa de extinción del patrimonio protegido, aunque también es cierto que podríamos incluirla dentro del amplio ámbito de decisión que tiene el Juez para extinguir el patrimonio protegido. Dicha masa patrimonial como tal, es susceptible de no poder hacer frente a las deudas que posee y por tanto recaer sobre el mismo un procedimiento concursal. No obstante como se acaba de apuntar, las especialidades de este patrimonio no han sido contempladas por ninguna de las dos leyes citadas, lo que implica que el legislador tendría que tenerlo en cuenta cara a futuras modificaciones legislativas. Debido a la amplitud del tema, no es nuestro objetivo realizar un análisis exhaustivo de las discordancias o lagunas que pueden existir, pero sí es conveniente dejar apuntado alguna precisión al respecto, para poner de manifiesto la complejidad del tema.

La primera consecuencia que se derivaría de aceptar como causa de extinción del patrimonio protegido, es que no podría aplicarse la reversión de los bienes, siempre y cuando lo hubiera dispuesto el aportante, porque no existirían bienes para revertir, por estar incurso el patrimonio protegido en situación de insolvencia. Por otro lado, ROJO⁵²¹ señala que “para ser declarada en concurso una persona natural no necesita tener capacidad de obrar: es indiferente que la persona natural sea menor de edad o haya sido declarada incapaz. El representante legal del menor o del incapaz podrá solicitar el concurso del representado; y podrá formular oposición a la declaración de concurso formulado por cualquier legitimado”. De la lectura de este comentario, ya surge una duda, ¿puede el administrador del patrimonio personal solicitar la declaración del concurso del patrimonio protegido? En este punto ya sabemos que pueden existir diversos administradores para el patrimonio personal y protegido de la persona con discapacidad.

⁵²¹ ROJO FERNÁNDEZ RIO, A.J., “Comentario al artículo 1”, *Comentarios a la Ley Concursal*, T.I, dir. ROJO FERNÁNDEZ RIO, A.J., BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 145.

Señala además que el hecho de que la persona menor de edad o incapaz, alcance la mayoría de edad, o el incapaz devenga capaz no implica régimen de modificación del régimen al que está sometido el ejercicio de las facultades de administración y disposición de la masa activa.⁵²² En el caso del patrimonio protegido, hemos de tener en cuenta que la pérdida de condición de persona con discapacidad implica la extinción de dicho patrimonio, por lo tanto la función del administrador ya no sería necesaria. Esto hay que conjugarlo con el tipo de concurso que sea, es decir si es necesario o voluntario. El art. 40 LC dispone que en este último caso el deudor, (en este caso el representante legal) conserva las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio, mientras que en el primero se sustituye por los administradores concursales. La duda que puede suscitarse es la de si en caso de concurso voluntario, y se produce una disminución de la discapacidad lo que implicaría extinción del patrimonio protegido, ¿debe seguir el administrador realizando las funciones a pesar de estar extinguido el patrimonio, en aras a garantizar la colaboración debida en el proceso concursal, o quién es la persona que debe realizar dicha función?

El último de los problemas que podemos citar es el relativo al derecho de alimentos regulados en el art. 47 LC. Si defendemos que las necesidades vitales hacen referencia a lo indispensable para vivir en condiciones dignas, y ese patrimonio protegido declarado en concurso, es el que hasta el momento había satisfecho dichas necesidades, y que además podíamos considerar como el equivalente de los bienes inembargables, surgen diversos problemas de difícil solución. Por tanto y en conclusión, es necesario establecer una respuesta a la problemática del posible concurso del patrimonio protegido, debido a la especial importancia del tema y los intereses que están juego, cuando en muchas ocasiones la persona con discapacidad posiblemente no tenga capacidad de obrar, y vea que su patrimonio ha sido administrado negligentemente y de ahí la existencia de un proceso concursal.

⁵²² ROJO FERNÁNDEZ RIO, A.J., *Comentario al artículo 1...*, op.cit., pág. 145.

II. PLURALIDAD DE BENEFICIARIOS

Tal y como se observó en el apartado relativo a los beneficiarios del patrimonio protegido, la doctrina mayoritaria considera que únicamente es posible un beneficiario por patrimonio, por considerar que así se desprende de la literalidad del art. 2 LPPPD. No obstante, ya argumentamos que no consideramos que la LPPPD impida la posibilidad de que varias personas puedan ser beneficiarios del patrimonio protegido, porque impedir tal hecho podría llevarnos a situaciones discriminatorias y verdaderamente traumáticas para las familias. Por tanto, si consideramos que de un patrimonio protegido pueden ser beneficiarios por ejemplo dos hermanos, se plantea una cuestión, y es la siguiente: qué ocurriría en el caso de que uno de los dos titulares falleciera o perdiera la condición de persona con discapacidad.

El Cc en los arts. 981 a 987 regula el derecho de acrecer para el supuesto de la repudiación de la herencia por parte de uno de los coherederos. Sin embargo este derecho de acrecer se ha planteado en otras instituciones reguladas en dicho texto normativo, con mayor o menor éxito. Uno de estos ámbitos es el contrato de alimentos, en la medida que se constituye para favorecer a dos o varios alimentistas. No obstante, en este supuesto parece que no tiene cabida, al ser un contrato de marcado carácter personal, que depende de las características concretas de las personas sobre las que se formaliza el contrato.

Podríamos encontrarnos perfectamente el supuesto de dos hermanos que son beneficiarios de un patrimonio protegido, y que sin embargo en uno de ellos desaparece la discapacidad que en su día permitió que se constituyera el patrimonio a su favor junto con su hermano. En este caso obviamente al no concurrir los requisitos que establece la LPPPD para ser beneficiario del patrimonio protegido, dejaría de ser titular del mismo, quedando únicamente su hermano como titular. Pueden plantearse dos posibilidades: la primera de ellas, es que como uno de los dos beneficiarios ha dejado de tener tal condición, se produciría una especie de extinción parcial del patrimonio relativa a la parte que le correspondía al antiguo beneficiario. La segunda posibilidad es que se aplicara adecuándose a las circunstancias concretas del patrimonio protegido, el derecho de acrecer, correspondiéndole o disfrutando la parte de la que era titular su hermano. Indiscutiblemente como el espíritu que impregna la redacción de la LPPPD es la

protección de la persona con discapacidad, deberíamos aceptar esta segunda opción, y no extinguir parcialmente el patrimonio protegido, sino permitir que se beneficie al hermano que sigue poseyendo discapacidad. No obstante, habrá que tener siempre en cuenta el documento constitutivo, si se ha dispuesto un régimen de solidaridad o mancomunidad, y si se ha previsto expresamente este extremo (que sería lo idóneo), es decir la posibilidad de que uno de los cotitulares perdiera la condición de persona con discapacidad.

Eso por lo que respecta a la pérdida de la condición de la discapacidad, pero puede suceder también que uno de los cotitulares fallezca. Como dispone la ley, en caso de muerte o declaración de fallecimiento, el patrimonio protegido pasa a formar parte del caudal relicto. En este supuesto, nos encontramos ante el mismo problema, o se procede a extinguir parcialmente el patrimonio, y a su liquidación parcial con los problemas y dificultades que puede entrañar, o bien aceptamos que la parte del titular fallecido acrece al superviviente. Aquí como en el supuesto anterior, lo conveniente sería que el aportante dispusiera el destino que ha de darse al bien o los bienes aportados, para evitar problemas porque hay que tener en cuenta que en el momento del fallecimiento de uno de los beneficiarios, siempre y cuando no se haya previsto la cláusula de reversión, el patrimonio protegido pasa a formar parte del caudal relicto y por tanto los herederos tienen derecho a la herencia. Tanto en esta situación como en la anterior, en caso de que no se hubiera dispuesto nada al respecto, el Ministerio Fiscal debería comunicarlo al Juez, para que resolviera lo que estime conveniente, que a nuestro juicio sería el acrecimiento de la parte de la persona que era cotitular del patrimonio protegido y que pierde la condición de persona con discapacidad, al que sigue ostentando la calificación de beneficiario de dicho patrimonio.

III. RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS

A pesar de que la LPPPD no lo disponga expresamente, la rendición de cuentas final suele configurarse como una obligación para el administrador que gestiona patrimonios ajenos⁵²³. Basta con mirar el art. 168 Cc sobre rendición de cuentas de los

⁵²³ En ese sentido GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 172, considera que el Ministerio Fiscal puede solicitar la rendición final de cuentas sobre la base del art. 7.2

padres sobre el patrimonio de sus hijos, o el 279 para el caso del tutor⁵²⁴. En este sentido, sería idóneo que el administrador del patrimonio protegido realizara la rendición final de cuentas, porque tal y como se señala para el caso de la rendición del tutor “con ello se pretende comprobar la calidad de la gestión”⁵²⁵. Además, esta rendición final puede servir para el inicio de la liquidación del patrimonio, antes de que se integren los bienes o derechos que no estén vinculados por la cláusula de reversión, al patrimonio general de la persona con discapacidad. La extinción del patrimonio protegido no ha de implicar que se produzca una integración “directa” de los bienes y derechos al patrimonio personal, sino que es necesario que previamente se satisfagan las deudas pendientes de la persona con discapacidad, o derivadas de la administración del patrimonio protegido. También es cierto, que la LPPPD no dispone ningún precepto relativo a la liquidación, pero ha de entenderse que es un requisito necesario, para saber si existen o quedan bienes una vez producido el pago de las deudas.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA⁵²⁶ considera también que puede solicitarse la rendición final de cuentas por lo dispuesto en los arts. 279 y siguientes disponiendo que “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 el caso de la rendición de cuentas, obviamente deberá realizarla el administrador o administradores del patrimonio protegido. Nos puede surgir la duda, de ante quién ha de presentarse esa rendición de cuentas, no obstante como la supervisión

LPPPD, y por “encontrar en el CC bases jurídicas que nos permitan concretar la obligación de rendición de cuenta de todo administrador distinto del beneficiario.”

⁵²⁴ Art. 168 Cc: “Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.

En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos.”

Art. 279 Cc: “El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo.”

⁵²⁵ ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 279”, *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., pág. 434.

⁵²⁶ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...*, op.cit., pág. 197.

institucional la realiza el Ministerio Fiscal, consideramos que deberá realizarse ante éste y no ante el Juez aunque pueda intervenir a petición de aquél. Además, si se ha establecido una supervisión voluntaria, y en el documento constitutivo se ha señalado o previsto la necesidad de rendición de cuentas, perfectamente podría entenderse que la misma ha de presentarse ante la persona o personas que se hayan encargado de vigilar la actuación de la administración del patrimonio protegido.

IV. DESTINO DE LOS BIENES A LA EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La LPPPD determina dos tipos de efectos según la causa de extinción del patrimonio se produzca en vida o en muerte de la persona con discapacidad. Sin embargo, dichos efectos serán de aplicación siempre y cuando el aportante de un bien o derecho, tanto en la dotación inicial como posteriormente, no hayan previsto un destino diferente a los efectos que dispone la LPPPD. Por tanto, en primer lugar habría que atender a la voluntad de los aportantes, y en el caso de que no hubieran estipulado nada al respecto, se aplicarían los efectos que determina la norma derivados de las diversas causas de extinción del patrimonio protegido.

1. Destino de los bienes en caso de muerte o declaración de fallecimiento

En primer lugar, si la extinción del patrimonio se produce por la muerte de la persona con discapacidad o por la declaración de fallecimiento, el patrimonio protegido pasa a formar parte de su herencia, por tanto los bienes que en vida se destinaban a satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad, formarán parte de la masa hereditaria e irán destinados a los herederos del que fue beneficiario en vida. Son los efectos derivados del art. 6.1 LPPPD. En este sentido, dicha previsión puede ser realmente importante si los herederos dependían de la persona con discapacidad y que por tanto al fallecer ésta pueden encontrarse en una posición vulnerable. Como se aplica el régimen general de sucesiones, podrán aceptarla a beneficio de inventario o de forma pura y simple.

En caso de que la extinción se produzca por el fallecimiento de la persona con discapacidad se produce la apertura de la sucesión, momento en el cual habrá que determinar si existe testamento o no. Cuando se produce el llamamiento a la sucesión, el caudal relicto es una herencia yacente, porque todavía no ha sido aceptada. Por tanto, dicha herencia ha de ser administrada temporalmente, para evitar que se disgreguen sus elementos. LEÑA FERNÁNDEZ⁵²⁷ se cuestiona a quién corresponde la administración de la herencia yacente, la solución que concede es examinar la existencia del testamento y de albacea, por lo que le correspondería a éste si se le hubiera otorgado expresamente dicha facultad. Sin embargo matiza que “en caso contrario, al mismo albacea pero con la limitación de facultades que se derivan de la imposibilidad de actuar sobre los bienes hereditarios en otros actos que no sean los correspondientes a la defensa del testamento y de la herencia que son las misiones propias del albacea”.

Por lo que respecta a los efectos de la declaración de fallecimiento, como ya apuntamos al citar la misma como causa de extinción, hay que tener en cuenta los arts. 195 y 196 Cc. En el primer precepto, el inciso segundo estipula que la declaración de fallecimiento ha de contener la fecha a partir de la cual se entiende producida la muerte, salvo que exista prueba en contrario. El art. 196 por su parte, dispone que una vez firme, la declaración de fallecimiento se abrirá la sucesión de los bienes. Por tanto, hasta que dicha declaración no sea firme, no podrá abrirse la sucesión. Los párrafos segundo y tercero, señalan que los herederos no pueden disponer a título gratuito hasta transcurridos cinco años de la declaración de fallecimiento, periodo en el cual, tampoco podrán entregarse los legados, ni exigirlos los legatarios, “*salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de beneficencia*”. En el último inciso, se contiene la preceptividad de los sucesores de formar notarialmente un inventario de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles. En este sentido podría aportarse o sería suficiente, el inventario final que realice el administrador del patrimonio protegido.

No obstante, por lo que respecta a la administración de dichos bienes mientras la declaración no sea firme, y transcurra el plazo exigido por la ley, deberá ser el

⁵²⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., págs. 140 y 141.

administrador del patrimonio protegido el que deba seguir administrándolo, “aunque una vez firme la declaración de fallecimiento se retrotraigan los efectos a la fecha en que esa declaración establezca como fecha de fallecimiento”⁵²⁸.

2. Destino de los bienes en caso de que la persona con discapacidad pierda dicha condición

En el caso de que la extinción del patrimonio se deba a la pérdida de condición de persona con discapacidad, se señala en la norma que los bienes seguirán siendo de titularidad de la persona con discapacidad, sujetándose a las normas generales del Cc o los derechos civiles forales, que fueran aplicables en tal caso. En este sentido, si nos basamos en la responsabilidad subsidiaria de ambos patrimonios, pocas precisiones hay que realizar al respecto. Estos bienes pierden la condición de patrimonio protegido, integrándose en el patrimonio personal del titular, por lo tanto de las deudas contraídas responderá ese único patrimonio.

Sin embargo, si se defiende como hacemos nosotros que los bienes de ese patrimonio deberían considerarse un patrimonio separado propiamente dicho con la limitación de responsabilidad que debe operar, vía interpretación judicial, el patrimonio no ha de responder de las deudas del patrimonio personal, ni a la inversa. Debería procederse a liquidarse previamente el patrimonio protegido y satisfacer las posibles deudas existentes en ese momento, una vez satisfechas que el remanente que quedara, se integrara en el patrimonio personal. A partir de este momento, como ambos patrimonios (una vez liquidado el patrimonio protegido) se han integrado, esa masa patrimonial, obviamente, responderá de todas las deudas que genere el titular del mismo.

⁵²⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 141.

V. REVERSIÓN DE LOS BIENES

1. Concepto de reversión de la aportación

La previsión legal del destino de los bienes puede ser modificada por la voluntad del aportante que en el momento en que otorgó al patrimonio protegido algún bien o derecho, puede disponer una finalidad diferente que la de integrarlo al patrimonio personal de la persona con discapacidad⁵²⁹. Por ejemplo, si se realizó una aportación *mortis causa* en testamento sobre un bien concreto por parte del padre fallecido de la persona con discapacidad que a su vez estaba incapacitado judicialmente, en el testamento se pudo prever que a la muerte del beneficiario del patrimonio protegido, el bien pasará a ser de propiedad de alguno de los coherederos de la herencia: Es decir una sustitución fideicomisaria.

Es la facultad de reversión de los bienes, prevista concretamente en el art. 6.3 de la LPPPD que ha de ponerse en concordancia necesariamente, con el art. 4.3 de la misma norma. Esta posibilidad de reversión, se emplea en el art. 641 Cc para el caso de las donaciones modales⁵³⁰, o el art. 812⁵³¹ en sede hereditaria, que “regula el derecho de reversión legal de las donaciones a favor de los ascendientes donantes en la sucesión de sus descendientes donatarios, cuando éstos mueren sin dejar posteridad y los bienes donados u otros subrogados en su lugar existen en la sucesión”⁵³².

⁵²⁹ MORETÓN SANZ, M.F., *Protección civil de la discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 91, dispone que “gracias a esta reversibilidad de la aportación, el otorgante garantiza que el bien o derecho en cuestión revierta nuevamente en su patrimonio, una vez cumplida la finalidad de atender al sujeto beneficiario”.

⁵³⁰ Art. 641: “Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no a favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.”

⁵³¹ Art. 812: “Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió”.

⁵³² ROMÁN GARCÍA, A., *El derecho de reversión legal. (Análisis del art. 812 del Código civil español)*, edit. Montecorvo, Madrid, 1984, pág. 13. PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, *op.cit.*, pág. 112, dispone por lo que respecta al art. 812 que: “a pesar de que los supuestos no coinciden totalmente, existe mayor similitud en dos cuestiones concretas. La primera de ellas es que en ambos casos la ley no se refiere exclusivamente a los bienes donados, sino que en la Ley de patrimonio incluye también su equivalente y en el 812 el precio de los vendidos o aquellos con los que se hubiese

Dicha facultad, consiste en que el aportante de un bien, puede señalar en el momento de la aportación, que en caso de que se produzca la extinción del patrimonio protegido, dicho bien no permanecerá en el patrimonio del antiguo beneficiario del patrimonio, sino que bien volverá al patrimonio del aportante o puede establecer un destino diferente, como que se integre en el patrimonio de un tercero. La reversión, además, puede predicarse de todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, como de alguno en concreto. Todo va a depender de la voluntad de la persona que entrega el bien o derecho para satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad.

Es interesante traer a colación la sentencia del TS de 11 de marzo de 1988⁵³³ que explica claramente los tipos de donaciones y entre ellas la donación con facultad de reversión. El Fundamento de Derecho primero señala textualmente: *“La doctrina científica y la jurisprudencial distinguen, por sus efectos, a las donaciones en: puras, cuando la liberalidad no tiene otro propósito que el de favorecer al donatario; condicionales, cuando la existencia de la relación jurídica depende de un acontecimiento futuro o incierto; modales, en las que se expresa un motivo, finalidad, deseo o recomendación; y finalmente las onerosas, aquellas en las que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo que es objeto de la donación. Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló (para cualquier caso y circunstancias), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas (con el límite de las sustituciones fideicomisarias), pudiendo establecerse la reversión tanto a favor del donante como del tercero, no sólo para si ocurre un cierto suceso, y entonces serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiese muerte de sus herederos, habrá de corresponder a éstos si viviesen al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se*

permutado. La segunda es la utilización de las expresiones *siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes* de la Ley de patrimonio y *cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión.*”

⁵³³ RJ 1988\1960.

hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma; conjunto de elementos que han llevado a la mayoría de la doctrina a equiparar esta institución con la fideicomisaria”.

2. Requisitos para la procedencia de la reversión de la aportación

Como bien señala PEREÑA VICENTE⁵³⁴ son necesarios dos requisitos: el primero que se produzca la extinción del patrimonio protegido, y en segundo lugar que queden todavía bienes y derechos cuando se produzca la misma. El primero de los requisitos es una consecuencia lógica de la prohibición de las aportaciones a término, es decir, que un bien o derecho no pueda salir del patrimonio protegido hasta su extinción (cuestión distinta es la subrogación real). El segundo de los requisitos no se recoge expresamente en el art. 6.3, sino en el 4.3 al establecer que dicha posibilidad se producirá “*siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes*”. En este sentido, si el patrimonio obviamente se ha agotado o no quedan bienes y derechos, no podrá llevarse a cabo la reversión, por no existir ningún elemento sobre el cual revertir.

Por otro lado partiendo de la base de que se cumplen los requisitos para que se produzca la reversión de los bienes, el art. 4.3 habla del destino de los bienes o derechos o en su caso “*su equivalente*”. PEREÑA VICENTE⁵³⁵ respecto el objeto que ha de revertir considera que “la literalidad del artículo puede dar pie a interpretar que se podrá elegir entre devolver los bienes que se hubiesen aportado o su equivalente. Sin embargo, entendemos que, si subsiste el bien, no existirá opción, deberá entregarse el bien a la persona o personas que el aportante hubiese establecido. Si el bien ha salido del patrimonio protegido, es cuando se deberá entregar su equivalente”. Este caso se refiere a la aplicación del principio de subrogación real. Obviamente si se ha enajenado un bien

⁵³⁴ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, op.cit., pág.110.

⁵³⁵ PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces...*, op.cit., pág.110. Se cuestiona además qué ocurre cuando el bien ha salido del patrimonio pero otro ocupa su lugar, si en este caso se debería entregar ese a la persona que ha sido designada por el aportante o se deberá entregar su equivalente. La argumentación que considera adecuada es entender que “dado que en los patrimonios separados juega el principio de subrogación real, de modo que el lugar que ocupaba el bien que ha salido del patrimonio es ocupado por el que se recibe a cambio, será éste el que haya de entregarse. Sin embargo creemos que la subrogación tiene lugar respecto al patrimonio en su conjunto, no respecto a la posición concreta del bien, por lo que, en este caso, se tendrá que entregar el equivalente.”

inmueble éste no constará en el patrimonio protegido, sino que habrá sido sustituido por la contraprestación económica recibida por la enajenación. Al no poder revertir el bien inmueble, porque no existe en el patrimonio el “equivalente” al que hace referencia la norma, será el dinero recibido por la venta del bien. No quiere decir que si existe un bien inmueble aportado por un tercero diferente al que estableció la reversión, deba entregarse ese bien “ajeno” por decirlo de ese modo, ya que no se estaría beneficiando a la persona con discapacidad, sino al contrario, se estaría limitando el uso del patrimonio para satisfacer las necesidades vitales, pero condicionado a la devolución de las aportaciones con independencia del bien aportado, o de la persona que la haya realizado.

Como claramente expone LEÑA FERNÁNDEZ⁵³⁶ dicha expresión “no significa que si al momento de extinguirse el patrimonio protegido no estuvieran ya los bienes aportados y destinados, haya que sustituirlos en cuanto al destino por cualesquiera otros equivalentes que existan en el patrimonio, porque esto significaría que el aportante puede mandar sobre bienes que no hayan sido aceptados por él ni tengan ninguna relación de subrogación con éstos”. Señala además que “parecería que es el propio art. 4-3 el que apoya esa interpretación (...). Pues bien, como esa posibilidad estimo que resulta ilógica (jurídicamente hablando) y absurda, creo que lo que quiere decir es que el aportante puede establecer un destino para los bienes que aporte y sus subrogados, claro que si estos existen en el patrimonio y no están sujetos a ninguna responsabilidad contraída ya que opinamos que eso es lo que quiere decir la Ley (art. 4-3) cuando dispone que *siempre que hubieren quedado bienes y derechos suficientes*”.

En este último aspecto, es decir que queden bienes y derechos suficientes, se ha criticado o se ha puesto de manifiesto que el legislador no hubiera dispuesto nada al respecto sobre la liquidación del patrimonio⁵³⁷. Lo más sencillo podría ser que ninguno de los bienes y derechos que formen el patrimonio protegido, tuviera cláusula de reversión, y por tanto todos pasarían a formar parte del patrimonio personal o general; o bien que se

⁵³⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 141 y 142.

⁵³⁷ MARTÍNEZ DÍE, R., *La constitución del patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 185, dispone textualmente que: “los problemas que realmente se suscitan en esta sede, más aún si se considera que pasan del todo inadvertidos en la Ley 41/2003, se derivan de la necesaria liquidación patrimonial cuando algún bien de la masa patrimonial extinguida no se integre en el patrimonio general del beneficiario, al operar una cláusula de reversión impuesta por el donante.”

dé el caso contrario, es decir, que en todos y cada uno de ellos el aportante hubiera dispuesto el destino que debiera darse a los mismos. Sin embargo, también es cierto que si existen deudas en el patrimonio protegido éstas han de ser satisfechas, y en el caso de que existan después del pago bienes, es decir el remanente, proceder a la reversión de los restantes.

Pero para ello es preciso proceder a la liquidación del patrimonio, es decir satisfacer las deudas de los acreedores que correspondan al mismo, únicamente del patrimonio protegido, ya que como he expuesto en reiteradas ocasiones es necesario para preservar la finalidad de la ley, que el patrimonio protegido exclusivamente responda de sus deudas. Para ello, el administrador debería llevar a cabo una rendición de cuentas final, inventariando los bienes y derechos y señalando las deudas existentes, con el fin de tener constancia de la situación real en la que se encuentra el patrimonio. Una vez que se ha establecido el correlativo entre bienes, derechos y deudas, el administrador debería pagar las deudas existentes en el mismo, y una vez satisfechas y sólo si quedan bienes, devolver los mismos a los aportantes o a quien haya dispuesto.

ENTRENA PALOMERO⁵³⁸ considera a este respecto “que a la hora de realizar la aceptación de la donación que por reversión se recibe, será utilísima y casi indispensable la escritura de extinción. En esta escritura será preceptivo realizar la liquidación del patrimonio extinguido. Y ello es así porque el artículo 4.3 de la Ley delimita que se producirá la transmisión: *siempre que hubieran quedado bienes o derechos suficientes*. Es decir que está exigiendo una liquidación que delimite si quedan en el patrimonio bienes y derechos o su equivalente en bienes subrogados”.

Por lo que respecta a la reversión, ésta puede disponerse a favor de quien ha realizado la aportación, o bien a un tercero distinto al aportante. La doctrina⁵³⁹ que se ha pronunciado al respecto, considera que es necesaria la aceptación de la persona o entidad que va a recibir el bien o derecho que formaba parte del patrimonio protegido, por tratarse

⁵³⁸ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 1020.

⁵³⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., págs. 141.

de una donación reversional a favor de un tercero, del artículo 641. LACRUZ BERDEJO⁵⁴⁰ señala que “la cuestión de la forma no es sencilla de resolver. Se trata de un acto – me refiero a la donación reversional: no a la directa - que ha de surtir sus efectos, alternativamente, como donación *inter vivos* o *mortis causa*: todo depende de si la reversión se produce antes o después de la muerte del donante. En cuanto a la donación *inter vivos*, precisaría la aceptación, declaración recepticia dirigida al donante. Sin embargo, en ciertos casos la aceptación del primer donatario se podrá considerar como hecha, simultáneamente, por él y en lugar del- acaso todavía inexistente – reversionario”.

Podemos encontrarnos en el supuesto que la persona que ha realizado la aportación haya dispuesto que el bien o derecho aportado, a la extinción del patrimonio protegido vuelva a su patrimonio y que una vez que se ha producido dicha circunstancia (la extinción) el aportante le hubiera premuerto. En este sentido, la cuestión que se suscita es la de si “deberá revertir la donación a sus herederos o la reversión a favor del donante es personalísima por lo que sus herederos no le sustituirán en la expectativa de que reviertan a su favor los bienes donados”⁵⁴¹. LACRUZ BERDEJO⁵⁴² distingue si la reversión está sometida a término o a condición. Como la extinción del patrimonio protegido según GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁴³ opera como término, por tanto en palabras de aquel autor (Lacruz) “al vencer el término, se resolverá la titularidad de los bienes donados, y éstos, automáticamente quedan de nuevo incluidos en el patrimonio de donde salieron, sin consideración a quién sea entonces titular de dicho patrimonio. Por consiguiente, los sucesores a título universal recibirán dichos bienes, no como sustitutos fideicomisarios, sino como una parte de la herencia del causante: no habrá lugar a la nueva aceptación, ni será preciso sobrevivir al donatario”⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral, T.II, Obligaciones y Sucesiones*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, edit. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 177.

⁵⁴¹ ZURILLA CARIÑANA, M.A., “Comentario al artículo 641”, *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edit. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 795.

⁵⁴² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral...*, *op.cit.*, pág. 173.

⁵⁴³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Aproximación al patrimonio protegido...*, *op.cit.*, pág. 141.

⁵⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Estudios de Derecho Privado Común y Foral...*, *op.cit.*, págs. 173 y 174.

3. El problema de la sustitución fideicomisaria y el patrimonio protegido de la persona con discapacidad

En el caso de que la aportación se haya realizado por testamento, estableciendo la reversión a favor de un tercero, podríamos encontrarnos ante un supuesto de sustitución fideicomisaria. Es decir, el aportante que puede ser el padre de dos hermanos, uno que es titular del patrimonio protegido y otro que no lo es, puede disponer la aportación de un bien o derecho concreto a favor de la persona con discapacidad incapacitada judicialmente, y en el momento en que fallezca dicho bien se transfiera al hermano que no posee la discapacidad. En este sentido hay que tener presente el art. 781 Cc que dispone: *“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”*⁵⁴⁵. Hay que hacer en este aspecto una especial mención a la novedad introducida por la LPPPD en materia sucesoria, al permitirse el gravamen de la legítima estricta o corta mediante una sustitución fideicomisaria. Dicha posibilidad se reconoce en la nueva redacción del art. 808, que en su tercer párrafo se dispone que: *“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados judicialmente y fideicomisarios los coherederos forzosos”*⁵⁴⁶.

El art. 808 Cc que en principio es beneficioso para la persona con discapacidad que ha sido incapacitada judicialmente, a nuestro juicio puede encontrarse con problemas al ponerlo en relación con el patrimonio protegido como ahora se apuntará, tanto desde la posición de la persona con discapacidad como de los fideicomisarios. Como señala

⁵⁴⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 142, matiza en este sentido que: “No estamos, pues, ante una sucesión de ese tercero destinatario respecto al titular del patrimonio. Ni tampoco respecto al destinante (el que realizó la aportación) como si fuera una sustitución fideicomisaria ordenada por éste, ya que, normalmente, la aportación tendrá lugar por un acto inter-vivos. Solamente en el supuesto en que la aportación se realice por testamento con expresión del destino de los bienes a favor de un tercero, - una vez extinguido el patrimonio en el que se integran los bienes aportados- podría entenderse que el destinatario-recipientario es heredero fideicomisario, del aportante”.

⁵⁴⁶ El art. 813, párrafo segundo del Cc, señala que: *“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”*.

GÓMEZ GÁLLIGO⁵⁴⁷ esta reforma “es la medida que más choca con el sistema tradicional del Código Civil, que es más discutible y que puede ser fuente de problemas, es la admisión de que se pueda gravar la legítima estricta de los demás hijos o descendientes con una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos”. GONZÁLEZ PORRAS⁵⁴⁸ considera que pueden existir dudas sobre lo que ocurriría, no tanto con la legítima estricta, sino con los otros dos tercios “en el sentido de si el padre o la madre constituyentes que gravó el tercio de legítima corta con destino al patrimonio protegido de ese hijo, puede disponer sin limitaciones de los otros dos tercios”. Considera que no existe ningún problema al respecto, por la redacción actual del art. 808.

A la solución que llegamos es que prácticamente se le puede dejar toda la herencia a la persona con discapacidad incapacitada judicialmente, y a pesar de que en principio puede ser una medida ventajosa para el beneficiario del patrimonio protegido, no olvidemos que existirán coherederos que, normalmente serán los hermanos de la persona con discapacidad que pueden salir perjudicados. Si se extingue el patrimonio protegido y los coherederos siguen vivos, no habrá problema ya que al producirse la extinción del patrimonio protegido, se origina la circunstancia que provoca la resolución del gravamen de la legítima y los bienes serán transmitidos a quien corresponda. Pero puede ocurrir que desde la muerte del causante que dispuso el gravamen de la legítima haya transcurrido un periodo de tiempo dilatado o extenso, pudiendo incluso haberse producido la premoriencia de los coherederos sobre la persona con discapacidad. En este sentido, es donde se puede poner de manifiesto el perjuicio que sufren los coherederos, porque en muchas ocasiones no van a poder disfrutar de los bienes que les correspondían.

Al punto que queremos llegar, es que en la práctica las tensiones y disputas familiares que puedan existir serán ser muy frecuentes, al ver los coherederos como la única parte que puede corresponderles de la herencia va a estar gravada, y no podrán obtenerla hasta que se extinga el patrimonio protegido.

⁵⁴⁷ GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *RCDI*, 2005, vol. 81, n° 687, enero-febrero, pág.14.

⁵⁴⁸ GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *Algunas cuestiones sobresalientes...*, *op.cit.*, pág. 708.

Otro de los problemas centrales surgirán cuando el aportante de un bien a través de la vía testamentaria, que será en este caso el progenitor de una persona incapacitada judicialmente disponga que el bien sobre el que recae la sustitución fideicomisaria ha de formar parte del patrimonio protegido de dicho beneficiario. Si el contenido del patrimonio protegido va encaminado a satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad, y para dar cumplimiento a dicha finalidad en ocasiones es necesario disponer de un bien concreto para obtener liquidez inmediata, en el caso del bien sometido a la sustitución como ha de ser transmitido posteriormente a los legitimarios, no podrá disponerse de él.⁵⁴⁹

DÍAZ ALABART⁵⁵⁰ señala que el deber de conservar tiene como contrapunto “la no disponibilidad del fiduciario de estos bienes, aunque, como es lógico, no le está vedado la disposición no definitiva, sino circunscrita al término final del momento en que deje de ser fiduciario”.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996⁵⁵¹, en su Fundamento de Derecho segundo: “*el fiduciario no puede disponer de los bienes hereditarios sin más y por sí solo; sí puede, por supuesto, disponer de su titularidad o propiedad en las circunstancias en las que la tiene, es decir, limitada en el tiempo, ya que es dueño mientras que el fideicomiso dure, y quien la reciba será dueño mientras que le hubiere correspondido serlo al fiduciario; después habrá que aceptar, o que el fiduciario (o sus herederos) recobren los bienes fideicomitados para entregarlos al fideicomisario, o que directamente se los entregue ése a quien entonces lo tuviere en su poder. El*

⁵⁴⁹ GÓMEZ GALLIGO, J., *La sustitución fideicomisaria...*, *op.cit.*, págs. 26 y 27, señala a este respecto que “puede ocurrir que el testador haya dispuesto que los bienes afectados por la sustitución fideicomisaria integren también el patrimonio protegido del discapacitado. En estos casos pueden surgir ciertos conflictos derivados de que el representante del patrimonio protegido no sea la misma persona que el tutor del fiduciario judicialmente incapacitado.” Apunta además, que en el caso de que nos encontremos antes hijos o descendientes judicialmente incapacitados pueden presentarse hasta cuatro patrimonios diferentes: a) el patrimonio personal de la persona con discapacidad, b) el patrimonio protegido, c) determinados bienes que han sido adquiridos por la persona incapacitada a título gratuito y que son administrados por la persona que ha designado el testador sobre los bienes dados en herencia o legado. d) bienes que son adquiridos por la persona incapacitada en concepto de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos, que son los fideicomisarios.”

⁵⁵⁰ DÍAZ ALABART, S., “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente. (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”, *RDP*, nº. 5-6, mayo-junio, 2004, pág.265.

⁵⁵¹ RJ 1996\1296.

fiduciario puede por tanto disponer, por sí solo, de su propiedad temporal, pero siempre con el gravamen fideicomisario, lo que no puede es disponer de los bienes como libres”.

Consideramos que el gravamen de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, “perjudica” a ambas partes, por un lado a los fideicomisarios, porque no van a poder adquirir el bien hasta que se extinga el patrimonio protegido, y por otro lado a la persona incapacitada judicialmente que no va a poder enajenar el bien, por el deber y obligación que tiene de conservarlo y entregarlo.⁵⁵² En consecuencia si de la finalidad de la LPPPD se desprende la necesidad de proteger a la persona con discapacidad, sería necesario reconocer la posibilidad de enajenar los bienes gravados de la legítima estricta, siempre y cuando sea necesario para cubrir las necesidades básicas de subsistencia de la persona con discapacidad, porque de otro modo no se entiende la medida de protección introducida por la LPPPD en materia sucesoria, que en la práctica no comportaría los resultados pretendidos.

4. Imposibilidad de aplicar la finalidad prevista

La Exposición de Motivos señala expresamente que “*se presta especial atención a los bienes y derechos aportados por terceros, los cuales se aplicarán a la finalidad prevista por el aportante al realizar la aportación, si bien cuando fuera material o jurídicamente imposible cumplir esta finalidad se les dará otra, lo más análoga y conforme posible a la voluntad del aportante, en técnica similar a la conmutación modal regulada por el artículo 798 del Código Civil y atendiendo, si procede a la naturaleza de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido en el momento de su extinción y en proporción a las diferentes aportaciones*”. La Exposición de Motivos hay que ponerla en concordancia con el último párrafo del art. 6, que dispone que en el caso de que no pueda darse a los bienes y derechos la finalidad que se previó por el aportante, se

⁵⁵² Una de las cuestiones que se ha planteado unánimemente la doctrina es la de si dentro de la constitución del patrimonio protegido a favor de los descendientes incapacitados, el tutor del incapacitado-fiduciario está obligado a prestar garantía o caución para la devolución de los bienes. Aunque más que tutor del incapacitado, si el bien forma parte del patrimonio protegido, se debería hacer referencia al administrador del mismo. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *Algunas cuestiones sobresalientes...*, *op.cit.*, pág. 709, dispone que “yo no sabría decir si en la reforma del art. 808, apartado 3º cabría o no exigir esa fianza o garantía, pues no creo que sea esa la intención del legislador, con lo que si el testador la impone pueden darse problemas en los Juzgados y Tribunales.”

les dará otra, lo más similar a la recogida por éstos, siempre teniendo en cuenta la naturaleza y el valor de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, y en proporción al valor de las aportaciones que se realizaron.

Pero puede ocurrir que al bien no se le pueda dar el destino que señaló el aportante, por diversas circunstancias, por lo que el art. 6.3 matiza que en dicho caso se habrá de buscar la más semejante o similar posible, atendiendo a la naturaleza y valor de los bienes y los derechos y en proporción al valor de las diferentes aportaciones. Según establece la Exposición de Motivos de la LPPPD, se aplicaría una situación parecida a la recogida en el art. 798, y que diversos pronunciamientos judiciales han aplicado analógicamente a la donación modal. La sentencia que expresamente recoge la aplicación extensiva del art. 798 Cc es la sentencia del TS de 26 de mayo de 1988⁵⁵³ que dispone “*el artículo 798 del Código Civil-relativo al modo testamentario pero extensible en su aplicación al supuesto de donación modal-permite que cuando la institución no pueda tener efecto en los mismos términos ordenados por el testador se cumpla en los más análogos y conformes a su voluntad*”.

La citada sentencia del TS de 11 de marzo de 1988, establece que “*la donación con carga modal del artículo seiscientos cuarenta y siete del Código Civil, supone en cambio una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después, por la existencia de tales incumplimientos, y provocando un juego semejante al del artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen ipso iure, facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente*”.

Para LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁵⁴, el modo, es decir la fijación del destino, puede consistir bien en la determinación de la persona o entidad que ha de revertir la aportación, o bien en el destino o fin concreto al que debe ser destinado. Es decir, al elemento subjetivo

⁵⁵³ RJ 1988\4340.

⁵⁵⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 143.

destinatario de la aportación o a la finalidad que se le haya establecido. Puede ocurrir que por ejemplo se estipulara en el momento de la constitución que a la extinción del patrimonio protegido, dicho bien aportado revirtiera por ejemplo al hermano del aportante, pero dicha persona hubiera fallecido en el momento de la extinción del patrimonio. En este caso, no se le puede dar el destino previsto, por haber fallecido la persona que había de recibir el bien. Lo idóneo, a nuestro parecer, es que el aportante hubiera dispuesto un destino supletorio, es decir, que si no se le puede dar el primero, que se aplique al segundo. No obstante, el aportante puede no haber sido tan previsor, en este caso, según LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁵⁵ ese “destino análogo” sólo podrá fijarlo el juez “y ello, no por el procedimiento del art. 7, que sólo tiene como finalidad el beneficio de la persona con discapacidad, persona quien nada le afecta el destino que se dé a esos bienes cuando ya se ha extinguido el patrimonio, sino por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, de modo similar a la actuación judicial prevista en el art. 5-6, también en un caso en que no se pueden seguir las reglas estatuidas”. No obstante, entendemos que a pesar de que se reconozca dicha competencia al Juez, debería tenerse en cuenta la voluntad del aportante del bien. Ya que la imposibilidad de dar la finalidad prevista a los bienes y derechos del patrimonio protegido, se deberá normalmente a causas que no dependen de su voluntad.

⁵⁵⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 144.

CAPÍTULO X
LA INSCRIPCIÓN DEL PATRIMONIO
PROTEGIDO

El artículo 8 preceptúa determinados aspectos del patrimonio protegido que han de inscribirse en el Registro correspondiente. Este precepto ha sido modificado por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en los siguientes términos:

1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil, en la forma determinada por su Ley reguladora.

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal.

La misma constancia registral se practicará en los respectivos Registros respecto de los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata 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.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones o notas marginales a que se refiere el apartado anterior.

4. La publicidad registral de los asientos a que se refiere este precepto se deberá realizar, en los términos que reglamentariamente se determinen, con pleno respeto a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la normativa sobre protección de datos de carácter personal.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ La redacción originaria del precepto señalaba:

“1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil.

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente.

La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en

I. LA IMPORTANCIA DEL REGISTRO Y SU RELEVANCIA EN EL PATRIMONIO PROTEGIDO. LA INCIDENCIA DEL REGISTRO CIVIL CENTRAL

El art. 8 recientemente modificado por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, se encarga de recoger la necesidad de que determinados aspectos del patrimonio protegido se regulen tanto en el Registro civil, en el Registro de la Propiedad, y en todos aquellos Registros donde pueda inscribirse algún tipo de bienes específicos. No obstante la reciente modificación de dicho precepto hay que compaginarlo con el modificado art. 18 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (en adelante LRC), y los nuevos arts. 46 bis y 46 ter introducidos por la reciente norma.

La inscripción en el Registro es un instrumento de seguridad jurídica muy importante en un sistema como el nuestro, porque mediante el mismo se pretende proteger tanto a la persona que realiza la inscripción, como a terceros de buena fe que se basan en los datos que se constatan en los mismos. También es cierto, que la inscripción en uno u otro Registro reviste un carácter distinto. Respecto a su función SALVADOR GUTIÉRREZ⁵⁵⁷ dispone del Registro Civil que “se configura hoy como una institución pública, dependiente del Estado, que sirve intereses de carácter general y particular, proporcionando la versión oficial y permanente sobre la existencia, identidad y circunstancias personales y familiares de las personas. Constituye prueba monopolística de las situaciones derivadas de las relaciones jurídicas familiares: prueba de la filiación, prueba del matrimonio, prueba de la disolución del matrimonio, prueba de régimen económico matrimonial, prueba de la defunción, prueba de la incapacidad judicial; etc.”⁵⁵⁸

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.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido, se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior”.

⁵⁵⁷ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Los actos del estado civil y su reflejo actual en la doctrina y la jurisprudencia”, *Problemas actuales del Registro Civil*, dirigido por BENTO COMPANY, J.M., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 20.

⁵⁵⁸ Dispone además, en otra obra, que “La principal razón de ser del Registro Civil, su finalidad básica y a la que debe proveer el Estado, es la de constituir una institución de publicidad de los hechos relativos al estado civil, en base a principios jurídico-técnicos, mediante la cual los particulares encuentren asegurada la legitimidad y autenticidad de los hechos de estado civil para poder acreditarlos ante otros particulares o ante

En palabras de LACRUZ BERDEJO⁵⁵⁹ refiriéndose al Registro de la Propiedad apunta que: “queda patente, así, la finalidad primaria de la publicidad registral, a saber, la protección del tráfico; la agilización de las transacciones internacionales, al suplir, con la garantía que supone la consulta de un Registro público, las complicadas indagaciones sobre la titularidad de los derechos que, en otro caso, sería preciso practicar”. Expresa además que “la publicidad registral inmobiliaria, en el Estado moderno, constituye una actividad de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria, destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles, mediante su descripción en libros oficiales practicada siguiendo el procedimiento legalmente establecido”⁵⁶⁰.

SEDA HERMOSÍN⁵⁶¹ por su parte, manifiesta que “la necesaria publicidad de un patrimonio especial y separado, requiere su constancia, no sólo en documento público, sino la indicación de su existencia y de los elementos relacionados con él, en Registros accesibles al público, de manera que la situación que con el PP⁵⁶² se genera sea indiscutiblemente oponible frente a terceros”.

En la práctica se constató que donde realmente existían problemas de descoordinación no era tanto en el Registro de la Propiedad, sino en el Registro Civil, de ahí la necesidad de proceder a la modificación de la LRC y de la LPPPD, con el fin de garantizar y reforzar esa mayor seguridad jurídica⁵⁶³. Como ha apuntado POZO

la propia Administración, a través de los documentos públicos registrales que son las certificaciones”. SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Sistema Registral Español. Registro Civil y Derechos Fundamentales”, *El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional*, dirigido por BENTO COMPANY, J.M., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 35.

⁵⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, segunda edición, 1984, pág. 11.

⁵⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil III...*, *op.cit.*, pág. 12.

⁵⁶¹ SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 22.

⁵⁶² Patrimonio protegido.

⁵⁶³ Creemos que es interesante apuntar la Disposición final cuarta, relativa a las “Estadísticas del Registro Civil”. En la misma se señala que: “El Gobierno aprobará en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, un Real Decreto relativo a las estadísticas del Registro Civil, con objeto de regular el tratamiento estadístico más completo posible respecto de los datos e informaciones que figuren en las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórrogas y rehabilitaciones de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos, documentos públicos de autotutela, y constitución de patrimonios protegidos, y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales”. Esta medida puede ser un instrumento idóneo para conocer realmente la realidad de las medidas aplicables en materia de discapacidad. Puede considerarse como un indicador fiable de que la articulación de las medidas protectoras y tuitivas previstas por el

MOREIRA⁵⁶⁴ “cinco años después de aquella Ley se ha sentido la necesidad de mejorar los instrumentos jurídicos de publicidad y control para potenciar la utilización del patrimonio protegido y para que sea lo suficientemente atractiva y útil para las familias y padres que se preocupan por el futuro de sus familiares incapacitados, que no se pueden gobernar sin una tutela que proteja sus intereses”.

Por otro lado, es preciso señalar que es de capital importancia su publicidad, por ser un patrimonio separado. Además del requisito de escritura pública que es el instrumento formal que dota de una mayor seguridad, la publicidad registral ha de ser el segundo de los medios para reforzar esa seguridad jurídica.

El Preámbulo de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, respecto a la función del Registro Civil dispone que: *“El Registro Civil es un Registro de carácter jurídico cuyo fin es la constatación y publicidad de los hechos y actos jurídicos referidos al estado civil de las personas. Aunque la inscripción en el Registro Civil tiene carácter declarativo y no constitutivo, su utilidad es evidente ya que despliega importantes efectos, que consisten en la articulación de un medio de prueba del estado civil rápido y simple y constituye título de legitimación del ejercicio de los derechos que resulta de cada condición o estado civil concreto de la persona en la forma que reflejan los propios asientos en los Registros”*.

En otro orden de cosas, la doctrina de forma unánime que se ha pronunciado al respecto, ha criticado acertadamente que no se creara un registro *ex profeso* para la inscripción de los patrimonios protegidos.⁵⁶⁵ Sin embargo, el legislador no ha previsto un

legislador, no están respondiendo o están dando solución al problema subyacente. Es decir, que si por ejemplo se constata en el RCC que no se han constituido bastantes patrimonios protegidos, es un indicio de que o bien las familias no tienen suficiente información sobre la materia, o bien que la regulación del patrimonio protegido no es la más propicia para la constitución de los mismos.

⁵⁶⁴ POZO MOREIRA, F.J., “La reforma del Registro Civil por la 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos”, *Diario La Ley*, nº. 7166, Sección Doctrina, 4 de mayo de 2009, año XXX, pág. 1 de la versión electrónica.

⁵⁶⁵ La creación de un registro de este tipo ya la recogía la Fundación Aequitas en el borrador que realizó sobre el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. El mismo se preveía en el art. 8 en los siguientes términos:

8.1. Se crea un Registro de Patrimonios Protegidos que tiene por objeto la inscripción de estos patrimonios, de los actos y de los documentos que deban ser objeto de inscripción o depósito, así como la acreditación de las entidades sin fines lucrativos a las que sea confiada su administración institucional. El

Registro de patrimonios protegidos que hubiera sido muy favorable para ese refuerzo de la publicidad y seguridad jurídica, pero ha modificado la competencia del Registro Civil Central (en adelante RCC) recogida en el art. 18 LRC. En su antigua redacción se disponía que en él debía inscribirse:

- a) Los hechos para cuya inscripción no resultara competente ningún otro registro.
- b) Aquellos hechos que no pudieran inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales de guerra u otras cualesquiera que impidieran el funcionamiento del Registro correspondiente.
- c) Se inscribían además, el fallecimiento de las personas de nacionalidad extranjera al servicio de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad Española, cuando concurrieran las circunstancias que dispone el art. 18 LRC.

No obstante la reciente modificación, amplía el catálogo de supuestos inscribibles en el RCC, sin embargo el que a nosotros nos interesa es el último párrafo del nuevo art. 18 que dispone:

“Asimismo se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales, bajo la

encargado del Registro calificará única y exclusivamente la legalidad formal de los documentos que deban ser inscritos.

2. Reglamentariamente se regulará la estructura, funcionamiento, adscripción del Registro y el régimen de publicidad, inscripciones, depósitos y plazos objeto de esta ley.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en este número en relación con los bienes y derechos que tengan confiados los patrimonios protegidos, sus responsables harán constar esta circunstancia en los registros correspondientes”. Por otro lado, el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió, también contempló en la enmienda núm. 52 la posibilidad de constituir un Registro de este tipo. La enmienda que proponía era la de incorporar un apartado cuarto al art. 7 en los siguientes términos: “Se crea el Registro de Patrimonios Protegidos de las Personas con Discapacidad, dependiente de la Comisión a la que se refiere el apartado anterior, que se llevará mediante el sistema de hoja personal y en el que se harán constar, en todo caso, los documentos públicos notariales y resoluciones judiciales a que hace referencia esta Ley, que serán comunicadas de oficio a dicho Registro por el notario o juez correspondiente. Este Registro tendrá efectos meramente informativos, no constituyendo la inscripción un requisito para la aplicación del régimen especial de protección patrimonial. El contenido, organización y funcionamiento de este Registro se regulará reglamentariamente.”

denominación de “Libro de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos”

En el RCC antes de la modificación, no se contenía un libro con los duplicados de las inscripciones que constaban en la Sección IV. A partir de la entrada en vigor de la Ley, el RCC contendrá un Libro específico denominado “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos”, que recogerá no sólo las incapacitaciones y tutelas propiamente dichas, sino todas las inscripciones que apunta dicho artículo. En resumen:

- a) Modificaciones judiciales de la capacidad de obrar.
- b) Todos aquellos aspectos relacionados con la tutela, o la representación legal.
- c) Aspectos relacionados con los patrimonios protegidos: constitución del mismo, designación del administrador o en su defecto su modificación.

En este aspecto es importante citar la Disposición final quinta de la Ley 1/2009, sobre “Coordinación de información sobre incapacitaciones y patrimonios protegidos”. Señala que:

“ El Ministerio de Justicia determinará en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley el procedimiento y fases en que se deberá llevar a cabo el intercambio y coordinación de la información relativa a resoluciones judiciales de modificación de la capacidad y constitución de patrimonios protegidos y designación de sus representantes legales entre el Registro Civil Central y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, así como la forma y plazos en que se procederá a intercambiar la información citada entre los citados organismos y el Consejo General del Notariado”.

II. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

El art. 8.1 preceptúa la necesidad u obligatoriedad de inscribir en el Registro Civil la representación legal, que recoge el art. 5.7 LPPPD, según su ley reguladora. Dicha

norma, ya hemos dicho que es la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil⁵⁶⁶ cuya última modificación corresponde a la Ley 1/2009 de 25 de marzo, y su Reglamento de desarrollo a través del Decreto de 14 de noviembre de 1958. Según la literalidad de la LPPPD parece ser que únicamente se ha de recoger la inscripción del administrador del patrimonio protegido. No obstante hay que atender a la modificación de la LRC, para observar como uno de los hechos que se van a inscribir en el Registro Civil, es la constitución propiamente dicha del patrimonio protegido, junto con el cargo de administrador. Resulta criticable en cierto modo, que el art. 8.1 no contemple la inscripción de dicho extremo después de realizada la modificación, ya que la LPPPD señala que únicamente se inscribe en el RC el cargo de administrador, cuando dicha función no recaiga sobre determinadas personas, mientras que la Ley 1/2009, dispone que debe inscribirse o anotarse la constitución propiamente dicha. En este sentido, existe una descoordinación entre normativas, que el legislador podía haber evitado.

Como apunta POZO MOREIRA⁵⁶⁷ en la LPPPD no quedaba claro el régimen de inscripción, ni la información que debía contener el Registro Civil, ni la forma que debía revestir tal inscripción. A nuestro parecer la norma podía haber sido un poco más precisa y detallada, ya que una figura tan importante como la del patrimonio protegido, necesita de una regulación básica para que despliegue toda su virtualidad, y no dejar tantas lagunas sin resolver como ha hecho.

Es importante la creación del nuevo art. 46 bis en la LRC el cual señala en su apartado primero: *“Los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de la Sección I sobre las modificaciones judiciales de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, documentos públicos de autotutela, y las de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, uno de cuyos ejemplares será remitido al*

⁵⁶⁶ BOE de 10 de junio de 1957, núm. 151.

⁵⁶⁷ POZO MOREIRA, F.J., “La reforma del Registro Civil por la 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos”, *Diario La Ley*, nº. 7166, Sección Doctrina, 4 de mayo de 2009, año XXX, pág. 3 de la versión electrónica.

Registro Central Civil para su extensión en el “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonio Protegidos.”

El párrafo segundo⁵⁶⁸ del art. 46 bis establece cuál es el Registro Civil competente para la inscripción, que será el del domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio protegido.

La inscripción en el RC según la LPPPD se lleva a cabo como se dijo en su momento, siempre y cuando la administración del patrimonio protegido no corresponda a la propia persona con discapacidad. La Exposición de Motivos de la LPPPD amplía el catálogo de excepciones a la inscripción al establecer que *“cuando la administración del patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio para todos los actos relativos a éste debe hacerse constar en el Registro Civil”*. Por tanto, se inscribirá la administración cuando la misma corresponda a terceros propiamente dichos, incluyendo al guardador de hecho. LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁶⁹ considera que esta excepción se debe a que *“ya les corresponde a los padres, tutores y curadores una representación legal de más amplio alcance que la que la Ley atribuye al administrador del patrimonio protegido y que aquella consta ya en el Registro Civil”*.

En este caso habría matizar que los padres de una persona con discapacidad mayor de edad, al estar actuando como guardadores de hecho y por tanto sin ostentar la representación legal que judicialmente se hubiera decretado, debería inscribirse su condición de administradores del patrimonio protegido, por no haberse prorrogado o habilitado su patria potestad. Con la modificación de la Ley 1/2009, habría que entender que se ha de inscribir el cargo de administrador, con independencia de la persona sobre la que recaiga, ya que es un modo de reforzar la seguridad jurídica y tener constancia de quién es realmente la persona que está gestionando el patrimonio protegido

⁵⁶⁸ 46 bis segundo párrafo: *“Las inscripciones a que se refiere el párrafo precedente se practicarán en virtud de comunicación remitida de oficio, junto con testimonio bastante de la resolución recaída, por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien mediante testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos que el juez o el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente, que lo será, respecto de las inscripciones que se hayan de practicar en la Sección IV, el del domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio protegido.”*

⁵⁶⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 45.

La inscripción de la administración se ha de recoger en la Sección IV del RC⁵⁷⁰, que es la sección en la que se inscribe la tutela y las demás representaciones legales que no correspondan a personas jurídicas⁵⁷¹. No obstante, la Ley 1/2009, como ya se ha dicho ha dado un paso más, ya que no se inscribe en el RC única y exclusivamente el cargo de administrador, sino la constitución propiamente dicha del patrimonio protegido.

1. Legitimación para la inscripción en el Registro Civil

El primer punto que hay que dilucidar es quién puede solicitar la inscripción de la representación legal. Pues bien, en primer lugar ha de solicitarla la persona que ostenta el cargo de administrador del patrimonio protegido, como una de las obligaciones inherentes a su función, debido a la trascendencia de la inscripción y la publicidad frente a terceros. El artículo 24 de la LRC por lo que respecta a la promoción de la inscripción en el Registro Civil dispone que: *“Están obligados a promover sin demora la inscripción: 1º. Los designados en cada caso por la ley. 2º. Aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible, o sus herederos. 3º. El Ministerio Fiscal.*

Las autoridades y funcionarios no comprendidos en los números anteriores a quienes conste por razón de sus cargos los hechos no inscritos, están obligados a

⁵⁷⁰ El art. 1 de la LRC señala que hechos se inscriben en el Registro civil. En este sentido:

“En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la ley.

Constituyen por tanto su objeto:

1º El nacimiento.

2º La filiación.

3º El nombre y apellidos.

4º La emancipación y habilitación de edad.

5º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos.

6º Las declaraciones de ausencia o fallecimiento.

7º La nacionalidad o vecindad.

8º La patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley.

9º El matrimonio; y

10º La defunción.”

⁵⁷¹ LUCES GIL, F., *Derecho Registral Civil*, Bosch, 3ª edición, 1986, pág. 7, apunta respecto los hechos inscribibles relativos a la tutela y demás representaciones legales que: “efectivamente, las situaciones de menor de edad, ausencia o incapacidad afectan directamente al estado civil de las personas, son situaciones que influyen en su capacidad. Pero la tutela, la curatela y las demás representaciones legales, no son propiamente hechos de estado civil, si bien son instituciones relacionadas con dicho estado. Con la inscripción de estos órganos de representación y asistencia se da constancia y publicidad a datos de indudable interés y trascendencia, lo que justifica su inclusión en el catálogo de hechos inscribibles en el Registro”.

comunicarlos al Ministerio Fiscal". Por otro lado, el RRC señala en el art. 92 que: *"Pueden promover la inscripción quien presente título suficiente. La obligación de promoverla se refiere a todos sus datos y circunstancias"*. Por último hay que traer a colación el art. 95 RCC que determina que: *"Las Autoridades, funcionarios y particulares prestarán el auxilio necesario para la concordancia del Registro y de la realidad.*

A este efecto, las Autoridades y funcionarios comunicarán los hechos no inscritos, con todas las circunstancias posibles al Ministerio Fiscal, con remisión a los documentos que puedan servir de título. Será preferente el Registro Central al Consular, si ambos fueren competentes.

En los duplicados, autos, expedientes o matrices, se consignará esta comunicación, y extendido el asiento, la que debe enviar el Encargado, con indicación del tomo y página o de la resolución recaída".

Resumiendo, hay unos legitimados con carácter facultativo y otros con carácter obligatorio. La legitimación facultativa es la del art. 92 RRC, y la legitimación obligatoria la del art. 24 LRC.

De lo dispuesto hasta el momento se puede colegir, que existen varios legitimados para solicitar la inscripción del cargo de representante legal del patrimonio protegido. Entre ellos se encontrarán todas las personas que puedan tener una relación directa o un interés legítimo con la persona beneficiario del patrimonio protegido. En este sentido, la propia persona con discapacidad siempre y cuando tenga capacidad de obrar suficiente, tanto sus padres, tutores, curadores, incluso guardadores de hecho, podrán solicitar la inscripción de la constitución del patrimonio y del cargo de representante legal. Incluso siguiendo a LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁷² podría solicitarla cualquier persona que haya realizado una aportación al patrimonio protegido, por entenderse comprendido dentro del catálogo de legitimados que poseen un interés legítimo.

Respecto a los funcionarios correspondientes, el Juez podrá dar orden de su inscripción en el Registro Civil del cargo de administrador, cuando haya resuelto algún aspecto del patrimonio protegido, y dicha función no constara en el mismo. Orden que adquirirá una mayor relevancia, cuando se haya procedido a la remoción del

⁵⁷² FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 47.

administrador por una mala gestión del patrimonio protegido, y se sustituya por uno nuevo. Al Ministerio Fiscal, ya hemos visto como se le faculta en virtud del art. 24 LRC, y la última figura que faltaría dilucidar, sería la del Notario. Consideramos que si el Federatario tiene constancia de que el cargo o la constitución no está inscrita en el Registro Civil, podría ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, para instar su inscripción. Opinamos que dicha comunicación se derivaría de la precisión que realiza el art. 95 RCC, de *prestar el auxilio para la concordancia entre el Registro y la realidad*.

2. Registro Civil competente

El art. 10 de la LRC dispone que el Registro civil, está integrado por el Registro Central, los Registros Consulares y los Registros Municipales. Por tanto, la inscripción del cargo del administrador deberá constar en el Registro Municipal. El problema que puede surgir es determinar en qué Registro ha de constar dicha mención. LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁷³ apunta que es competente el RC donde conste el nacimiento de la persona con discapacidad por considerar que “esta inscripción de una especial representación legal del mismo para la administración de aquellos de sus bienes que estuvieran integrados en el patrimonio especial, implica la publicidad de una circunstancia que afecta, de algún modo, a su capacidad de obrar, y tal como ocurre en las resoluciones de incapacitación, declaración de prodigalidad, ausencia y fallecimiento, ha de inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento”. No obstante el nuevo art. 46 bis introducido por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, determina que las inscripciones que deban practicarse en la Sección IV, será competente el del domicilio del beneficiario del patrimonio protegido.

3. Procedimiento para la inscripción

En el Registro Civil, ha de inscribirse la constitución propiamente del patrimonio protegido y la representación legal que determina la LPPPD, por tanto habrá de constar la

⁵⁷³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 53.

persona en concreto o personas que realicen dicha función⁵⁷⁴. De los diferentes asientos que se pueden practicar en el Registro Civil, hay que dilucidar cuál es el idóneo para que conste dicho extremo. LUCES GIL⁵⁷⁵ expone una serie de clasificaciones, pero la que aquí nos interesa es la relativa a la forma, contenido y efectos. Dichos asientos se clasifican en: inscripciones propiamente dichas, anotaciones, indicaciones, diligencias, notas marginales y asientos de cancelación. Las primeras las define como “asientos sustantivos y de carácter permanente, por los que se da publicidad con fuerza probatoria privilegiada a determinados hechos de estado civil o a la modificación o rectificación de una inscripción precedente”. Pero dentro de las inscripciones podemos encontrarnos dos tipos: las principales y las marginales. Las primeras según el art. 130 del RRC son las inscripciones de nacimiento, matrimonio, defunción y la primera de cada tutela o representación legal. Mientras que todas las demás son marginales, y se practican al margen de la inscripción principal.

Por lo que respecta a las anotaciones, no ofrece una definición, pero si realiza una serie de descripciones de las mismas, señalando que “son asientos que cumplen principalmente una función informativa – no de mera referencia –sobre los siguientes actos:

- a) Hechos de estado civil cuya legalidad o realidad no está debidamente acreditada.
- b) Hechos que sólo afectan al estado civil con arreglo a la Legislación extranjera.
- c) Ciertos hechos que no afectan propiamente al estado civil, si bien están relacionados con el mismo.
- d) Hechos que pueden afectar al contenido de un asiento, como las anotaciones de procedimientos”⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ El art. 283 RCC dispone: “*Son objetos de inscripción los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre la guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos.*

También son inscribibles los cargos de Albacea, Depositario, Administrador e interventor judiciales, Síndico o cualesquiera otros representantes legales que tengan nombramiento especial y asuman la administración y guarda de un patrimonio”. En este último inciso, es decir, el de representante legal que tiene un nombramiento especial y que asume la administración de un patrimonio, sería perfectamente encuadrable en el caso del patrimonio protegido.

⁵⁷⁵ LUCES GIL, F., *Derecho registral...*, op.cit., pág. 72.

⁵⁷⁶ LUCES GIL, F., *Derecho registral...*, op.cit., pág. 75.

Por lo que respecta a las notas marginales, no ofrece tampoco una definición pero citando a PERÉ RALUY apunta que se tratan de “asientos de carácter adjetivo, por lo general, de valor informativo y que cumplen una finalidad de coordinación o enlace entre los asientos registrales o están destinadas a hacer constar el cumplimiento de determinadas formalidades o la existencia de hechos que, no perteneciendo propiamente al estado civil, deben reflejar los asientos del Registro”⁵⁷⁷.

De los asientos señalados, para el caso de la inscripción del cargo de administrador LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁷⁸ apunta que posiblemente de los dos últimos instrumentos citados (anotaciones y notas marginales), quizá el más adecuado sea la anotación, por la analogía que se puede presentar con el apartado c), es decir, “hechos que no afectan al estado civil, pero que pueden estar relacionados”. Aunque como también se ha visto, pueden incardinarse dentro de las notas marginales, por ser un hecho que no pertenece al estado civil, pero que ha de constar en el Registro. Para LUCES GIL⁵⁷⁹. “las anotaciones tienen un valor puramente informativo. No están adornadas de la fuerza probatoria privilegiada de las inscripciones. Pero no cabe duda de que tienen una cierta virtualidad probatoria, ya que se practican, en la generalidad de los casos, mediante documentos públicos”.

Parecería que obviamente la inscripción del administrador del patrimonio protegido en el Registro Civil, no tendrá la misma trascendencia o consideración que la sentencia que prorroga la patria potestad de una persona con discapacidad mayor de edad, sin embargo es un elemento importante determinativo para terceros que van a relacionarse con el patrimonio protegido, y que tienen constancia del riesgo que puede suponer que no existan bienes y derechos suficientes en ese patrimonio para satisfacer las deudas que puedan surgir. Además, la administración al recogerse en el documento constitutivo, como sabemos a estas alturas, ha de revestir la forma de escritura pública o resolución judicial, por tanto será el documento público correspondiente en el que se haya determinado la administración, el que deberá presentarse en el Registro Civil para proceder a su inscripción. No obstante, posiblemente las dudas que surgían desde la

⁵⁷⁷ LUCES GIL, F., *Derecho registral...*, op.cit., pág. 77.

⁵⁷⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 52.

⁵⁷⁹ LUCES GIL, F., *Derecho registral...*, op.cit., pág. 76.

publicación de la LPPPD en cuanto al registro del cargo de administrador del patrimonio protegido, pueden quedar despejadas con la modificación del art. 18 de la LRC operada por la Ley 1/2009 de 25 de marzo. A tenor de lo dispuesto en este precepto, parece que está equiparando la administración del patrimonio protegido, como una verdadera representación legal de la persona con discapacidad.

Estos problemas los despeja el nuevo art. 46 bis, que hace referencia a las inscripciones marginales. Por tanto el instrumento que ha de utilizarse para inscribir el cargo de administrador y la constitución del patrimonio protegido, es la inscripción marginal.

Para proceder a la inscripción del cargo de administrador del patrimonio protegido, se deberá presentar en el Registro el documento constitutivo donde conste el nombre de la persona que va a gestionar el patrimonio protegido. En este sentido, LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁸⁰ entiende que en el caso de que el administrador sea nombrado después del acto constitutivo, considera que habría que presentar en primer término el acto constitutivo donde conste el procedimiento de designación, y el documento en que se haya producido el nombramiento. Éste según el autor podrá constar “si la constitución se hizo por escritura, bien en el mismo título constitutivo por diligencia posterior, bien en acta notarial aparte y, si el título fue una resolución judicial, bien por diligencia, bien por auto”. No obstante, estimamos que dichos documentos han de presentarse simultáneamente, ya que lo que ha de constar en el Registro es la persona concreta del administrador, por tanto sería más conveniente aportar en un primer término el acto constitutivo del patrimonio, y posteriormente y una vez designado el administrador, el documento de aceptación del cargo.

Una vez que se ha presentado en el Registro el documento constitutivo del patrimonio protegido y del cargo del administrador, así como la aceptación de su cargo, el encargado del RC, en virtud del art. 27 LRC ha de calificar los hechos cuya inscripción se solicite de las declaraciones y documentos presentados. El párrafo segundo de dicho precepto señala que: *“En cuanto a las declaraciones, la calificación comprenderá la capacidad e identidad del declarante. La de las sentencias y resoluciones se limitará a la*

⁵⁸⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 49.

competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro". Según DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁵⁸¹ "la calificación es un juicio de valor que el encargado toma acerca de los hechos cuya inscripción se solicita y de los títulos por virtud de los cuales se pretende. La calificación es, así, un control de la realidad y la exactitud y, además, de la legalidad de los asientos". Disponen además que la calificación ha de realizarse sobre los documentos presentados, por tanto no se puede calificar usando datos o noticias que se han recogido por otra vía.

A continuación el art. 28 LRC, expresa que inmediatamente de ser presentados los documentos necesarios o formularse las declaraciones pertinentes, en nuestro caso, el documento constitutivo del patrimonio y la aceptación del cargo, si no está comprendida en el primero, el encargado del registro o bien extenderá el asiento correspondiente, o bien puede denegarlo si existe razón para ello⁵⁸².

Respecto a los aspectos que han de inscribirse, ENTRENA PALOMERO⁵⁸³ señala que ha de inscribirse la existencia de un administrador del patrimonio protegido, su identificación, y el dato en que se haya formalizado la constitución del patrimonio. No considera que haya que inscribirse las reglas de administración que ha dispuesto el constituyente, pero sí realizar una mención a la existencia de un órgano de fiscalización,

⁵⁸¹ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil I...*, *op.cit.*, pág. 320.

⁵⁸² El art. 35 LRC señala los extremos que ha de contener el asiento en los siguientes términos:
"En las inscripciones constará exclusivamente:

1º Los hechos de que hacen fe según su clase, con indicación si fueren conocidas, de las circunstancias de la fecha, hora y lugar en que acaecen, y las demás exigidas en cada caso por la Ley o el Reglamento.

2º La declaración o documento auténtico en virtud del cual se practican.

3º La fecha de las mismas y los nombres de los funcionarios que las autoricen.

⁵⁸³ ENTRENA PALOMERO, B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 1026. En sentido contrario se posiciona SEDA HERMOSÍN, M.A., *El patrimonio protegido del discapacitado...*, *op.cit.*, pág. 23, que no considera que deba hacerse mención del mismo en el Registro, por ser un órgano voluntario "ni siquiera cuando se configure como parte de la estructura de la administración (siguiendo el modelo de administración=representación y control=órgano de vigilancia), pues la representación que es lo fundamental para las relaciones con terceros, recae siempre en el administrador, nunca en el órgano de fiscalización." Dispone además que "la Ley atribuye al representante las facultades de administración y disposición de los bienes y derechos que integran el PP (patrimonio protegido) y esas facultades surten efectos erga omnes, protegiendo los intereses de terceros que contraten con él, de buena fe. En eso se asemeja a la patria potestad y a la tutela. De ahí que, las facultades representativas del administrador no se entiendan afectadas por las limitaciones de tipo interno que puedan haberse establecido (sistema germánico o de representación). Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el administrador, frente al beneficiario e incluso frente al constituyente, por la transgresión de tales límites. Siendo así, será innecesario publicar en registro alguno las reglas de administración y sus limitaciones, pues no tiene virtualidad práctica frente al tercero que opere de buena fe."

“por formar parte del sistema de administración establecido, pero no a su composición y facultades que, en cada caso, deberán justificarse con la exhibición del documento de constitución”. Por lo que respecta a la aceptación del cargo de administrador, entiende que se debe hacer constar también mediante comparecencia apud acta, ante el secretario del juzgado que decretó la resolución judicial constitutiva, por escritura ante notario o en documento con firma legitimada notarialmente.

III. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El art. 8.2, primer párrafo de la LPPPD, contiene dos precisiones sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad. La primera de ellas es la necesidad de inscribir la integración de un bien inmueble o un derecho real en un patrimonio protegido, en el Registro de la Propiedad correspondiente, según la legislación hipotecaria⁵⁸⁴. La segunda de las previsiones es la necesidad de que conste la adscripción de un bien o un derecho al patrimonio protegido, si ya estaba inscrito previamente en el Registro de la Propiedad, pero no formaba parte de dicha masa patrimonial mediante nota marginal.

1. Legitimación para la inscripción en el Registro de la Propiedad

El Registro de la Propiedad, por lo que respecta al patrimonio protegido implica que los terceros interesados en el bien inmueble correspondiente tendrán la información de la titularidad del mismo, así como su condición de bien integrante en un patrimonio protegido.

A diferencia de lo que ocurría en la inscripción del Registro Civil, la legitimación para la inscripción en el Registro de la Propiedad es totalmente distinta, además no se distingue entre sujetos obligados y facultados, sino que el art. 6 de la Ley Hipotecaria (en

⁵⁸⁴ En este sentido habrá que tener en cuenta, el Decreto de 8 de febrero de 1946 que aprueba el Texto refundido de la Ley Hipotecaria, y el Decreto de 14 de febrero de 1947 que aprueba el Reglamento Hipotecario.

adelante LH) determina que: *“La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:*

- a) Por el que adquiriera el derecho.*
- b) Por el que lo transmita.*
- c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.*
- d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.”⁵⁸⁵*

De lo desprendido de la lectura del precepto podemos deducir que en principio, deberá inscribir la persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, o bien sus representantes legales si no posee capacidad, y el aportante del bien. Consideramos que el administrador del patrimonio protegido tendrá la obligación de inscribir el bien o derecho, por considerarlo una obligación inherente o que se desprende de la gestión del patrimonio protegido⁵⁸⁶.

El precepto dispone que se inscribirá el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo, por lo tanto hay que traer a colación los arts. 1 y 2 de la LH. El primero dispone expresamente que:

“EL Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro, en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles.

Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la

⁵⁸⁵ Este precepto ha de completarse con el art. 7 LH que señala: *“La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley. El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio, podrá solicitar la inscripción de su derecho con sujeción a las normas prescritas en el Reglamento”.*

⁵⁸⁶ En este sentido LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pág. 54, diferencia entre si hay transmisión de bienes o no. Dispone respecto a quien inscribe que “habrá que contestar teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 6 L.H y por tanto será el que haya transmitido el bien o derecho, el que lo adquiere o el representante de cualquiera de ellos y (art. 7 L.H) todos presumidamente representados por el presentante del documento. Esto en el caso de que haya transmisión de bienes. En el supuesto de que no la hubiera (si con el propio patrimonio del beneficiario se constituye el patrimonio protegido, vía art. 3-1) serán el propio beneficiario discapacitado o sus padres, tutores o guardadores de hecho constituyentes del patrimonio, quienes deberán solicitar la inscripción y, en el caso de que sea nombrado administrador de ese patrimonio un tercero, este también podrá solicitar la inscripción como representante legal del beneficiario discapacitado”.

salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley.”

Según lo dispuesto en este precepto, será competente para la inscripción el Registro de la Propiedad donde radique dicho bien inmueble. Por su parte el artículo 2 de la LH señala expresamente que se puede inscribir:

1°. Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales que se imponen sobre los mismos.

2°. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3°. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

4°. Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a libre disposición de sus bienes.

5°. Los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

6°. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

IV. LA INSCRIPCIÓN EN OTROS REGISTROS

El art. 8.2, segundo párrafo precisa que deberán inscribirse también cualquier otro derecho que tenga carácter registrable, matizando que en el caso de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones de sociedades mercantiles que formen parte de un patrimonio protegido, bien sea el Notario o bien sea el Juez, deberán notificar dicha circunstancia (es decir, su condición de bien integrante en el patrimonio protegido) a la gestora de los mismos, o a la sociedad.

Por lo que respecta al primer inciso, habrá que tener en cuenta que bienes forman parte del patrimonio protegido, y que poseen el carácter de registrables. En este caso, habrá que atender al Registro de Bienes Muebles, que está formada por varias secciones:

- a) Sección de Buques y Aeronaves.
- b) Sección de automóviles y otros vehículos de motor.
- c) Sección de maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.
- d) Sección de garantías reales.
- e) Sección de otros bienes muebles registrales.
- f) Sección de Registro de Condiciones Generales.

No obstante, se ha apuntado por la doctrina la dificultad de delimitar el tipo de bienes muebles que pueden ser inscritos. DÍAZ VALES⁵⁸⁷ señala al respecto que “la dificultad del establecimiento de un Registro omnicompreensivo de la totalidad de bienes muebles viene determinada por la heterogeneidad de éstos, especialmente en cuanto a su valor y a su identificabilidad (piénsese en la dificultad de singularizar un animal de rebaño, o en la superfluidad de la inscripción de un bien de escaso valor económico), frente a la característica uniformidad de los bienes inmuebles”.

Debido a la dificultad de determinar qué tipo de bienes pueden ser inscritos en el Registro, la DGRN se ha tenido que pronunciar al respecto. En el caso particular de la Resolución de 12 de julio de 2002⁵⁸⁸ resolviendo sobre la consulta sobre la posibilidad de inscripción de bienes muebles de titularidades y/o cargas y gravámenes sobre acciones y participaciones sociales, dispuso que “*no cabe negar el acceso al nuevo Registro de Bienes Muebles de los derechos en los que concurran las siguientes circunstancias:*

a) que al amparo de lo dispuesto en los artículos 335 y 336 del Código Civil merezcan la consideración de bienes muebles;

b) que resulten perfectamente identificables, o al menos lo suficientemente para que sea posible su individualización y concreción.

c) que supongan un valor económico susceptible de ser realizado mediante su enajenación al ser por tanto transmisibles”.

⁵⁸⁷ DÍAZ VALES, F., “El registro de bienes muebles: Bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *RDP*, nº. 1-2, 2004, pág. 81.

⁵⁸⁸ JUR 2003\96284.

Así podrán ser inscritos los automóviles, barcos, aeronaves, o los bienes adquiridos a plazos.

En lo atinente a la integración del patrimonio protegido de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, o acciones y participaciones en sociedades mercantiles, el notario o el juez ha de comunicarlo a la entidad que gestiona los fondos, o bien la sociedad a la que “pertenece” las acciones o participaciones. ENTRENA PALOMERO⁵⁸⁹ manifiesta que aunque no se diga cuál es la finalidad de esta comunicación hay que entender “que es a efectos de que en sus respectivos Registros de titularidades de participaciones de fondos o de acciones nominativas o participaciones hagan constar esta circunstancia y la representación legal del administrador a efectos de comunicaciones, pagos de dividendos y futuras enajenaciones o posibles embargos. Si las acciones fuesen al portador, al no existir libro registro de socios la sociedad no podrá dejar constancia en el mismo y se limitará a archivar la documentación recibida para su conocimiento”.

V. LA CANCELACIÓN REGISTRAL

Llama la atención, o no encaja bien en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que el Registro juega un papel de primer orden en el mantenimiento de la seguridad jurídica, la discordancia existente entre la obligación de la inscripción en el Registro correspondiente de un bien o derecho que forme parte del patrimonio protegido, y la potestatividad de la cancelación registral de dicha mención. CUADRADO IGLESIAS⁵⁹⁰ apunta que “tal disparidad no se halla justificada, y entendemos que en ambos casos debe ser exigido el asiento registral correspondiente, con el fin de coadyuvar a la deseada concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral”.

En este aspecto hay que señalar que la Ley impone la obligación de inscribir la condición del administrador en el Registro Civil, y en los Registros correspondientes la

⁵⁸⁹ ENTRENA PALOMERO. B., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, op.cit., pág. 1029.

⁵⁹⁰ CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido...*, op.cit., pág.1149.

cualidad de bien o derecho integrante en un patrimonio protegido. Sin embargo, es paradójico que la cancelación de las mismas no tenga carácter preceptivo, sino potestativo ya que el art. 8.3 señala que *se podrá exigir por quien resulte ser titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones*. A nuestro juicio éste es un defecto bastante importante de la norma, ya que va a producir que lo que está inscrito no se acomode a la realidad. Por ejemplo, si un bien inmueble estaba inscrito en el Registro de la Propiedad con la condición de bien integrante de un patrimonio protegido, y éste se ha extinguido, si no se produce la cancelación de dicha mención, implicará que ese mismo inmueble seguirá teniendo la consideración de bien afecto a un patrimonio protegido cuando realmente no lo está. Por tanto si el Registro, en este caso, de la Propiedad debe servir como medio de información a los terceros, reforzando la seguridad para actuar en el tráfico jurídico, éste principio no se está cumpliendo. Lo idóneo sería que la cancelación de la mención fuera obligatoria, al igual que lo es la inscripción.

La posibilidad de la cancelación registral se podrá producir cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido. Dicha posibilidad puede manifestarse en dos casos: cuando el bien o derecho sale del patrimonio protegido, por haberse realizado por ejemplo un contrato de compraventa, o bien por haberse extinguido el patrimonio protegido por las causas correspondientes.

Los legitimados para poder exigir la cancelación, según la LPPPD son el titular o quien tenga un interés legítimo al respecto. En este sentido podrá ser la persona con discapacidad, o sus representantes legales, así como la persona que adquiera el bien. El administrador del patrimonio protegido debería solicitar también la cancelación de la mención de bien o derecho integrante en un patrimonio protegido, sobre todo si tenemos en cuenta que dicha exigencia potestativa debería ser preceptiva.

Consideramos que es un desacierto por parte de nuestro legislador, que exija la inscripción registral y no su cancelación, sobre todo si el patrimonio protegido se configura como una masa patrimonial que responde única y exclusivamente de sus propias deudas. Esta circunstancia puede comportar un perjuicio considerable al titular del bien o derecho sobre todo, en el sentido de que posiblemente si terceros se basen en la información contenida en el Registro, sería lógico que no quisieran contratar con el titular

del bien o derecho, por entender que existe un riesgo mayor de que posibles créditos no se vean satisfechos por la limitación de la responsabilidad.

La LPPPD no dispone nada al respecto sobre la cancelación de la inscripción de la función del administrador en el Registro Civil. LEÑA FERNÁNDEZ⁵⁹¹ expone que “en unos casos el propio discapacitado, en otros sus representantes legales y en otros el administrador cesante, tendrán interés en que la constancia en el Registro Civil de esa representación legal atribuida al administrador del patrimonio protegido, se haga desaparecer de ese Registro una vez que se ha extinguido el patrimonio protegido”. Para ello, deberá presentarse en el Registro el certificado correspondiente que acredite la extinción del patrimonio, o bien el cese del administrador, si éste va a ser sustituido por otro. La cancelación de dichos extremos se producirá a través del correspondiente asiento de cancelación, según el procedimiento previsto para cada tipo de Registro.

VI. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

La reforma operada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, sobre la LPPPD ha introducido un último apartado al artículo 8, en el que se exige que la publicidad de los asientos relativos a cualquiera de los aspectos que regula el art. 8, ha de realizarse respetando los derechos de la intimidad personal y familiar, es decir al art. 18 de nuestra Carta Magna y las normas sobre protección de datos de carácter personal.

Este reconocimiento del respeto al derecho a la intimidad, viene condicionado por los datos especialmente sensibles que se derivan o en terminología del Registro Civil, datos de publicidad restringida que pueden inferirse de la inscripción de un bien o derecho que integra un patrimonio protegido⁵⁹². Cuando una persona va a contratar con el

⁵⁹¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, págs. 145 y 146.

⁵⁹² LÓPEZ - BERMEJO MUÑOZ, J., “La revisión de los supuestos de publicidad restringida al amparo de la nueva legislación sobre el Derecho de Familia”, *Problemas actuales del Registro Civil*, dirigido por BENTO COMPANYY, J.M., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs.395 y 396, apunta en este sentido que: “pero si en un tiempo la intolerancia y los prejuicios sociales y legales pudieron provocar en las personas que ostentaban tales condiciones un sentimiento íntimo de culpa, vergüenza o rechazo, que sería el protegido mediante la publicidad restringida, cabe plantearse si hoy en día, a la luz de

administrador del patrimonio protegido de una persona con discapacidad, tiene conocimiento de que el titular del bien posee un tipo de enfermedad psíquica, física o sensorial que le provoca una discapacidad. No obstante si observamos los arts. 21 y 22 del RRC⁵⁹³ relativos a los asientos con publicidad restrictiva, no se incluye ningún dato sobre la capacidad de las personas. Es importante señalar, que obviamente hay que proteger a las personas con discapacidad evitando cualquier tipo de estigmatización, no obstante dicha protección no debe implicar un perjuicio de terceros que van a relacionarse jurídicamente con ella. El Registro Civil es un instrumento que proporciona información a los “interesados”, es decir, personas que de un modo u otro van a relacionarse con la persona con discapacidad. Como apunta POZO MOREIRA⁵⁹⁴ “no ha existido una discriminación social de estos hechos modificativos de la capacidad jurídica de la persona objeto de inscripción, y ello en parte porque no se inscriben los estados patológicos (locura, demencia, etc) motivadores de la declaración de incapacitación, sino de la resolución judicial declarativa”.

En este sentido apunta LÓPEZ - BERMEJO MUÑOZ⁵⁹⁵ que: “sería también importante que se dejara de utilizar, como se ha venido haciendo hasta ahora, el concepto de intimidad personal y familiar, constitucionalmente protegido, como un cajón de sastre que sirva para justificar todo tipo de restricciones en la publicidad formal cuando, como hemos visto, es más que dudoso, salvo las escasas excepciones señaladas, que los Libros registrales guarden ni un solo dato que pueda calificarse, más allá de mentalidades desfasadas, de objetivamente ofensivo o perjudicial para la persona o generador de una perturbación en su intimidad”.

la normativa actual y del cambio sociológico en la sociedad española, todas estas situaciones siguen siendo discriminadas socialmente y si, por consiguiente, tiene sentido sostener una restricción en su publicidad formal”.

⁵⁹³ Art. 21 RRC: “No se dará publicidad sin autorización especial:

1º. De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes.

2º. De la rectificación del sexo.

3º. De las causas de privación o suspensión de la patria potestad.

4º. De los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonrosas o que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado.

5º. Del legajo de abortos.

6º. De los cambios de apellido autorizados conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 208 de este Reglamento.”

⁵⁹⁴ POZO MOREIRA, F.J., *La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo...*, op.cit., op.cit., pág. 11, del documento electrónico.

⁵⁹⁵ LÓPEZ - BERMEJO MUÑOZ, J., *La revisión de los supuestos de publicidad restringida...*, op.cit., pág. 409.

Sería un contrasentido que inscribamos un determinado hecho para darle publicidad y beneficiar tanto a terceros, como al propio interesado pero que posteriormente los restringiéramos. Obviamente dicha publicidad, o el conocimiento de dicho aspecto ha de venir motivada por un interés, en nuestro caso, por ejemplo porque una determinada persona quiere contratar con la persona con discapacidad, y quiere conocer quién es el administrador del patrimonio protegido.

Por lo que respecta a la protección de datos, quiere decir que se ha de respetar la normativa que la regula, y que el uso de esos datos no se realice con fines que no corresponden a la misma naturaleza de la necesidad de la obtención, es decir, que no se obtengan para fines ilícitos. El art. 7.3 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos⁵⁹⁶ (en adelante LPD), que contiene los datos especialmente protegidos, dispone que: *“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”*. Aquí, podíamos considerar que la discapacidad es un dato relativo a la salud, y por tanto considerarse un dato especialmente protegido. A este respecto, se aplicaría el art. 8 LPD que señala: *“Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”*.

Ello implica que podrían utilizarse los datos de las personas con discapacidad, si por ejemplo se descubriera una cura para alguna enfermedad que produjera una discapacidad, pero no en el caso de que una empresa dedicada a la fabricación de sillas de ruedas quisiera tener los datos de las personas que padecen una discapacidad física, para vender sus productos directamente.

⁵⁹⁶ Publicada en el BOE de 14 de diciembre de 1999, núm. 298.

CONCLUSIONES

Primera- Las transformaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas sufridas desde que se elaboró la “teoría del patrimonio” han propiciado el surgimiento o nacimiento de nuevas formas patrimoniales que nada tienen que ver con las categorías clásicas. Ello implica que estos nuevos patrimonios no se adecúen perfectamente a las directrices básicas que propugnaba la doctrina clásica. En este sentido, habrá que flexibilizar dichas premisas generales para dar cabida a estas “nuevas masas patrimoniales”.

Segunda.- Nuestro Ordenamiento Jurídico, a pesar de que ha ido adaptándose a los requerimientos impuestos desde el Orden Internacional, tanto desde las Naciones Unidas como de la Organización Mundial de la Salud, se basa a nuestro juicio a la hora de valorar la discapacidad en un instrumento obsoleto. Dicho medio de valoración es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía sustentado en la CIDDM, cuando en la actualidad este instrumento ha sido sustituido por la CIF. A pesar de tener en cuenta para valorar la discapacidad los factores sociales, hay que precisar que dicho documento se basa en el modelo médico de conceptualización de la discapacidad, mientras que hoy impera el modelo social que “observa” la discapacidad como una cuestión social, y no como un problema propio de la persona. Por otro lado, a pesar de que suprimía el término “condición de minusválido”, por “grado de minusvalía”, dicha terminología ya está superada, por lo que habría que proceder a una revisión del Real Decreto para adecuarlo a la realidad imperante en la actualidad.

Tercera.- Las personas con discapacidad perfectamente pueden verse sometidas a tres valoraciones distintas: por un lado para acreditar el grado de “minusvalía” que padecen en aras a obtener las correspondientes ayudas que otorga la Administración Pública. En segundo término, si existen indicios de que la persona con discapacidad tiene problemas o no puede gobernarse por sí misma, habrá que someterla a un proceso de incapacitación judicial por la vía civil para restringir su capacidad y evitar que pueda lesionar sus intereses. Y por último, para acceder a los servicios y prestaciones que concede la Ley

39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, puede verse sometida a una tercera valoración distinta de las anteriores, lo que implica un enorme sufrimiento para las familias que no desean pasar por dicho trance. Consideramos que la solución a este problema tan serio, ha de partir de una coordinación entre la Administración Pública y los Tribunales, en el sentido de que sean los mismos equipos de valoración que han determinado el grado de “minusvalía”, los que en el proceso de incapacitación expongan o manifiesten si la persona valorada previamente ante la Administración, posee o no capacidad de autogobierno. De este modo se agilizarían los trámites, y las familias evitarían sufrimientos innecesarios.

Cuarta.- No obstante, para que se produzca el resultado apuntado anteriormente, es necesaria una mayor dotación de medios materiales y personales, así como una especialización de Tribunales en temas de discapacidad e incapacitaciones, como ya existe en alguna provincia española. Lo idóneo sería que los facultativos adscritos a los Tribunales fueran los miembros integrantes de los equipos de valoración administrativos. Sin una mayor dotación de personal y de medios materiales esta solución será inviable.

Quinta.- En cuanto a los medios de acreditación de la condición de beneficiario del patrimonio protegido, perfectamente cabe admitir que la sentencia del orden civil puede servir de instrumento para acreditar el grado de discapacidad que posee una persona siempre y cuando lo recoja la misma, además del certificado administrativo o la sentencia del orden social que procede de un recurso derivado contra éste. De este modo nos encontraríamos ante tres medios distintos para poder acreditar la condición de beneficiario del patrimonio protegido. Asimismo si se produjera la coordinación que se acaba de poner de manifiesto, es decir entre Tribunales y Administración Pública, incluso en el proceso de incapacitación sin existir el certificado administrativo correspondiente, se podría determinar si la persona tiene capacidad o no de autogobierno, y además determinar el grado de minusvalía, por lo que en el mismo documento se recogería los dos extremos.

Sexta.- Por lo que respecta a la capacidad de las personas, tradicionalmente se consideraba a los sujetos capaces o incapaces, sin tener en cuenta que una persona a pesar de no ser plenamente capaz podía tener capacidad intelectual y volitiva. A pesar de que se pone el acento en considerar que la LPPPD incluye en el Derecho Civil por primera vez, un sistema de protección patrimonial para las personas con discapacidad, consideramos que una de las cuestiones sobresalientes de la norma es que incide en el importancia de la voluntad de la persona con discapacidad para tomar decisiones, siempre y cuando tenga capacidad para ello en los asuntos de trascendencia jurídica que le afecten.

Séptima.- En lo atinente al concepto de “necesidades vitales” que utiliza la Ley, es un término abstracto y que varía en atención de las circunstancias de la persona. Ello implica que las necesidades son diferentes de unos sujetos a otros. Consideramos que dichas necesidades equivalen al concepto de alimentos del art. 142 Cc, es decir, lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, incluyendo todas aquellas necesidades imprescindibles y esenciales para la vida de una persona con discapacidad, como puede ser la asistencia o ayuda de una tercera persona para realizar las actividades cotidianas.

Octava.- Este concepto de “necesidades vitales” acabado de apuntar es el fundamento para defender y considerar que el patrimonio protegido se comporta como un patrimonio separado con limitación de responsabilidad. De otro modo perdería sentido o se desnaturalizaría el fin o justificación de la limitación de responsabilidades entre patrimonios, porque esta limitación viene precisamente avalada o fundamentada en la necesidad de que las personas con discapacidad tengan cubiertas al menos unas garantías de subsistencia mínimas.

Novena.- El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad es realmente un patrimonio en sí mismo considerado y no un mero conjunto de bienes y derechos sujetos a unos beneficios fiscales concretos. En él se presentan perfectamente las características de un patrimonio propiamente dicho. A pesar de que pueda considerarse como un patrimonio de destino, precisamente porque se destina a cumplir

una función concreta, cual es la satisfacción de las necesidades vitales, hay que señalar que a cualquier masa patrimonial siempre se le asigna una función específica, por lo que no puede considerarse como argumento para su calificación. A pesar de ello, la LPPPD así lo califica. No obstante, pensamos que es un verdadero patrimonio separado por revestir un régimen de gestión y administración específicos y que debe operar con limitación de responsabilidad entre patrimonios, características esenciales de los patrimonios separados en sentido estricto.

Décima.- El principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil es uno de los pilares y principio rector del Derecho Patrimonial, no obstante, se debe tener en cuenta que el mismo data del siglo XIX. Las necesidades que existían en aquel momento, y las reglas que regían el tráfico jurídico, distan mucho de las actuales. No abogamos por una desnaturalización ni una supresión de esta premisa básica, porque desestructuraría el equilibrio económico y jurídico, pero sí consideramos que con las garantías adecuadas se podría proceder a su flexibilización. La cuestión que se suscita es la confrontación de dos principios de tanta trascendencia como son: la protección de la persona con discapacidad y la responsabilidad patrimonial universal. Además, se debe tener en cuenta que por causas no imputables a la voluntad de las personas, éstas se ven sometidas a circunstancias personales que les imposibilitan llevar una vida normal. No pretendemos que las personas con discapacidad se desentiendan del cumplimiento de sus obligaciones, sino que se tenga en cuenta, que dada su afección les resultará mucho más difícil que a las personas que no la tengan, generar un patrimonio, sobre todo si la discapacidad es de origen congénito. En este sentido, creemos que sería conveniente que tanto el patrimonio personal como el protegido respondan única y exclusivamente de las deudas generadas en su seno. Pero ello siempre que el patrimonio protegido se constituya sólo para garantizar las necesidades básicas de la persona con discapacidad, y no se destine a su enriquecimiento injusto.

Undécima.- Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, entendemos que como la LPPPD no lo dispone expresamente, deberán ser los tribunales los encargados de considerar que el patrimonio protegido es un patrimonio separado, que podría ser el equivalente al patrimonio inembargable y por tanto sería necesario promover una futura

reforma legislativa para que se reconozca expresamente este aspecto, es decir, su limitación de responsabilidad.

Duodécima.- El régimen fiscal del patrimonio protegido puede ser un instrumento importante para alentar la constitución de estas masas patrimoniales. No obstante, opinamos que lo que realmente haría incrementar el número de patrimonios, es el reconocimiento expreso por ley de su limitación de responsabilidad, así como una mayor información a las familias que en su seno poseen un miembro con discapacidad. Si se manifestaran estas tres circunstancias, el número de patrimonios protegidos aumentaría considerablemente, hecho que en la práctica no se está produciendo.

Decimotercera.- Se alude frecuentemente a que si se intentara adaptar la figura del *trust* anglosajón a nuestro Ordenamiento Jurídico, se resolverían los problemas de protección a las personas con discapacidad. Desde nuestro punto de vista consideramos que no es necesario adaptar esta figura (aunque pueda ser beneficioso) porque los problemas de confusión de responsabilidad patrimonial se resolverían con un reconocimiento expreso de la Ley. Además, nuestro Derecho es lo suficientemente avanzado para dar solución a todos los planteamientos que se le presentan, sin tener que recurrir a figuras foráneas.

Decimocuarta.- Por lo que respecta a los beneficiarios del patrimonio protegido, la LPPPD olvida a las personas incapacitadas judicialmente, cuando en la mayoría de los casos las personas con discapacidad y aquéllas en las que ha recaído una sentencia que modifica la capacidad de obrar van a coincidir. Por ello consideramos que las personas incapacitadas judicialmente a pesar de que no hayan sido valoradas por la administración, y por tanto no posean el certificado administrativo correspondiente, deberían ser consideradas beneficiarias del patrimonio protegido. Del mismo modo, las personas de edad avanzada que padecen enfermedades de carácter irreversible, tales como la demencia senil, o la enfermedad de Alzheimer, podrían ser consideradas también beneficiarias del patrimonio protegido, sin necesidad del correspondiente certificado administrativo, siempre y cuando el facultativo señalara expresamente que esa persona

está perdiendo sus capacidades volitivas y cognoscitivas y por tanto en un periodo de tiempo no muy dilatado no tendrá consciencia de los actos patrimoniales que realice.

Decimoquinta.- Por otro lado entendemos que es perfectamente aceptable que dos personas de una misma familia sean beneficiarios del mismo patrimonio protegido. De otro modo, familias que en su patrimonio únicamente disponen de una vivienda o un bien inmueble se verían en un grave conflicto personal, al tener que decidir a cuál de las dos personas con discapacidad se les deja el único bien del que disponen. No consideramos adecuada la opción de constituir dos patrimonios protegidos, ya que si en ocasiones a las familias les va a suponer un “sacrificio” intentar aportar bienes a una persona con discapacidad para garantizar su futuro, mucho más difícil será que se aporten bienes a dos patrimonios protegidos. Tampoco consideramos adecuado que una persona con discapacidad pueda ser titular de varios patrimonios protegidos, por entender que si éste responde única y exclusivamente de las deudas generadas en él, será muy fácil utilizar éstos mecanismos de protección patrimonial fraudulentamente para burlar a posibles acreedores o terceros de buena fe.

Decimosexta.- Entendemos, que como la Ley habla siempre de capacidad de obrar suficiente, es perfectamente admisible que un menor de edad siempre que tenga la correspondiente madurez intelectual y volitiva, pueda constituir un patrimonio protegido. Cuestión distinta sería el régimen de administración que debería adecuarse a las disposiciones del Código Civil.

Decimoséptima.- Por lo que respecta a los legitimados para la constitución de un patrimonio protegido, consideramos que la LPPPD es desafortunada en su redacción. Si la finalidad de la norma es proteger a la persona con discapacidad se debería permitir que toda persona que tenga un interés legítimo pueda constituir un patrimonio protegido con sus propios bienes (el tercero legítimo). De este modo se puede ampliar el abanico de posibilidades de que la persona con discapacidad tenga más posibilidades de vivir en condiciones dignas, que si se restringe las personas que pueden constituirlo.

Decimoctava.- En otro orden de cosas, la excesiva rigidez y formalismo que caracteriza a la LPPPD no incentiva la creación de patrimonios de gasto. Es cierto que un patrimonio separado, necesita de unas garantías más rígidas y estrictas para evitar un uso fraudulento del mismo. Por tanto, a nuestro juicio sólo caben dos opciones: o determinamos expresamente la responsabilidad limitada del patrimonio protegido, con la consecuente rigidez en los requisitos formales, o se flexibiliza el requisito de escritura pública incluso para las donaciones de escasa cuantía. No obstante, a nuestro juicio, entendemos que a pesar de ser el patrimonio protegido un patrimonio separado podría aceptarse para la donación de bienes muebles que no fuera necesaria la escritura pública, siempre y cuando la misma esté acreditada documentalmente. De este modo se incentivarían las aportaciones de escasa cuantía que son necesarias igualmente para nutrir el patrimonio protegido.

Decimonovena.- Por lo que respecta al régimen de la administración, el sistema que dispone la LPPPD a nuestro parecer es más característico de un patrimonio propiamente dicho que de un conjunto de bienes con unas particularidades específicas. Por otro lado la complejidad de las reglas que reglamenta la norma se adecúa más a los patrimonios de ahorro que a los de gasto, cuando lo que se debería hacer es flexibilizar el régimen para incentivar la constitución de éstos últimos.

Vigésima.- Es nuestro parecer que la LPPPD reconoce un tipo especial de representación que se encuentra a caballo entre la representación legal y la voluntaria. Esta representación *sui generis* compartiría elementos de ambas categorías: de la legal, que es la norma la que determina la condición de representante legal con independencia de la persona que se nombre, y de la voluntaria porque emana de la voluntad del constituyente del patrimonio protegido determinar quien ejercerá dicha función.

Vigesimoprimera.- La supervisión del patrimonio protegido, es técnicamente deficiente en varios aspectos. En primer lugar, porque prácticamente le otorga todo el control al Ministerio Fiscal, y debido al gran volumen de trabajo que tiene, difícilmente podrá dedicar todo el tiempo que debería a fiscalizar un patrimonio protegido. Por otro

lado, como la LPPPD le ha otorgado al Ministerio Fiscal el peso de ser el garante o el guardián de que el patrimonio protegido sea utilizado para satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad, es conveniente y necesario una mayor especialización y una dedicación casi exclusiva a dichos temas. Además, si defendemos que el patrimonio protegido es un patrimonio separado, se deberá establecer una fiscalización más rígida con independencia de quien sea el administrador o el constituyente. Hay que establecer un sistema objetivo de control para evitar que el constituyente del patrimonio protegido, tanto estableciendo reglas poco adecuadas como incluso no estableciéndolas, pueda actuar perjudicando a terceros de buena fe, integrando bienes al patrimonio protegido para evitar el pago a los acreedores.

Vigesimosegunda.- Por lo que respecta a las causas de extinción, la LPPPD únicamente reconoce como tales, la pérdida de condición de discapacidad, la muerte o declaración de fallecimiento y la decisión judicial. No obstante, la doctrina ha considerado que determinados hechos pueden considerarse como causas de extinción del patrimonio protegido. Entre ellas el vaciamiento patrimonial o el acuerdo de las partes. Ésta última causa, a nuestro juicio, no puede aceptarse porque entendemos que dejar la extinción de un patrimonio en manos de la voluntad de las partes puede ser muy “peligroso” al poder provocar un fraude de acreedores. Debería ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Juez, para que éste decidiera lo que considerara oportuno. El “vaciamiento patrimonial” tampoco debería operar como una causa de extinción directa e inmediata, porque es muy posible que el patrimonio protegido quede temporalmente “en suspenso” para recibir aportaciones. De este modo, mientras esta condición subsista y no perjudicara a nadie, se podría mantener esta situación a la espera de nuevas aportaciones. Cuestión distinta es que ese patrimonio comience a generar deudas desmesuradas que no van a poder ser satisfechas, en este caso debería ser el Juez el que decretara la extinción del patrimonio protegido. Por tanto, ambas causas de extinción (acuerdo de las partes y vaciamiento patrimonial) se reconducirían a la decisión y discrecionalidad del juez.

Vigesimotercera.- En cuanto al concurso de acreedores del patrimonio protegido, es un tema muy complejo que requiere la modificación a nuestro juicio tanto de la LPPPD como de la Ley Concursal. Consideramos que ésta última Ley ha desconocido o ha

obviado una situación tan importante como el patrimonio de las personas con discapacidad, sobre todo si tenemos en cuenta que ambas leyes fueron promulgadas el mismo año. Además, dado que la discapacidad puede ser tanto de tipo físico, psíquico como sensorial, perfectamente una persona con una discapacidad de tipo físico o incluso sensorial, puede estar ejerciendo una actividad mercantil lo que en la práctica al no estar contemplada esta situación plantearía muchos problemas.

Vigesimocuarta.- La posibilidad de gravar la legítima estricta o corta a favor de la persona con discapacidad se consideró teóricamente como una medida beneficiosa para las personas con discapacidad. No obstante, en la práctica puede acarrear y ocasionar muchos problemas, tanto para el beneficiario del patrimonio protegido como de los legitimarios si los bienes de la legítima se integran en el patrimonio protegido. Para el beneficiario de este patrimonio porque verá que no puede enajenar los bienes gravados por tener que transmitirlos cuando se extinga el patrimonio protegido, y para los legitimarios porque no recibirán los bienes hasta que se produzca la extinción del patrimonio. Consideramos que si se ha establecido el gravamen de la legítima estricta para favorecer a la persona con discapacidad, se debería permitir que se enajenen los bienes gravados para poder satisfacer las necesidades vitales del titular del patrimonio, de otro modo esta modificación introducida por la LPPPD no tendría las consecuencias prácticas deseadas.

Vigesimoquinta.- A pesar de que la norma no lo disponga expresamente, es necesario realizar la liquidación del patrimonio protegido para proceder al pago de los acreedores que puedan existir. Sólo en el caso de que una vez satisfechas las deudas correspondientes quedara remanente, se procedería a darle el destino que les han otorgado los aportantes a través de la reversión de los bienes. En caso de que en el documento no se hubiera dispuesto nada sobre este extremo, se les aplicaría el destino que determina la norma, es decir su integración en el patrimonio personal o en el caudal relicto si hubiese fallecido.

Vigesimosexta.- La Ley 1/2009, de 25 de marzo, ha reforzado la publicidad registral del patrimonio protegido, exigiendo tanto la inscripción de su constitución como la del

cargo de administrador. Además en el Registro Civil Central se ha creado el “Libro sobre Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores del patrimonio protegido”. Asimismo se determina expresamente que su inscripción se realizará mediante las “inscripciones marginales”. Ello implica, que si se ha reforzado la publicidad registral tiene que ser por un motivo concreto, y ese motivo es que implícitamente se está reconociendo que el patrimonio protegido de la persona con discapacidad es un patrimonio verdaderamente separado, que únicamente debería responder de sus propias deudas. De otro modo, no se explica que el legislador establezca un sistema de publicidad de este tipo.

Vigesimoséptima.- Por otro lado la norma posee un defecto que consideramos muy importante, y es la descoordinación existente entre la necesidad de inscripción de determinados extremos del patrimonio protegido, y sin embargo se establezca que la cancelación es potestativa. En este punto es necesario que exista una futura modificación legislativa que obligue a realizar la correspondiente cancelación registral, para que exista una concordancia entre lo inscrito en el Registro y la realidad jurídica existente. De otro modo estamos violando un principio registral de primer orden como es el la seguridad jurídica que aporta el Registro.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 29 de noviembre de 1962
- Sentencia de 17 de octubre de 1978 (RJ 1978\4057)
- Sentencia de 12 de marzo de 1984 (RJ 1984\1216)
- Sentencia de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\1960)
- Sentencia de 10 de febrero de 1993
- Sentencia de 28 de febrero de 1996 (RJ 1996\1269)
- Sentencia de 30 de junio de 2004 (RJ 2004\4283)
- Sentencia de 14 de julio de 2004 (RJ 2004\5204)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia de 9 de octubre de 2002 (RTC 2002\174)

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de febrero de 2002 (AC 2002\193)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de noviembre de 2002 (JUR 2003\19125)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004\134411)
- Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004\97010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 2004 (AC 2004\1370)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005\144287)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de octubre de 2006 (AC 2006\1866)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2006 (JUR 2006\49380)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de septiembre de 2002 (JUR 2003\14393)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008\277)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO

- Resolución de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989\1696)
- Resolución de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8637)
- Resolución de 7 de enero de 1992 (RJ 1992\10736)
- Resolución de 12 de julio de 2002 (JUR 2003\96284)
- Resolución de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004\2390)

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE LA CIERVA, T

Actos de administración, de disposición y de conservación, Montecorvo, Madrid, 1993.

ALBALADEJO GARCÍA, A

Derecho Civil, I, Introducción y parte general, Edisofer, Madrid, 2004.

BARBERO, D

Sistema de Derecho Privado, Tomo I. Introducción, parte preliminar, parte general, trad. SENTIS MELENDO, S., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

BELDA CASANOVA, C

“Documento notarial en soporte electrónico como medio de agilizar las relaciones jurídicas transnacionales y su acceso a los Registros Públicos: autoridad certificante”, *Revista Jurídica del notariado*, nº Extra 7, 2006, págs. 51-114.

BELLO JANEIRO, D

“Autotutela e incapacitación voluntaria”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 23 a 52.

BIONDI, B

Los bienes, traducción de la segunda edición italiana por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., Bosch, Barcelona, 2003.

BOLÁS ALFONSO, J

“Comentarios a la Exposición de Motivos”, *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales*, Volumen II, dir. LAORDEN, J., coord. TERREROS, J.L., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 963 a 983.

BRAUN, A

“El *trust* en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”, *El trust en el Derecho Civil*, dir. ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch, Barcelona, 2007, págs. 133 a 155.

CÁMARA LAPUENTE, S

“Breve compendio geo-conceptual sobre *trusts*”, *Los patrimonios fiduciarios y el trust, III Congreso de Derecho Civil Catalán*, coord. NASARRE AZNAR, S., GARRIDO MELERO, M., Marcial Pons y Colegio Notarial de Cataluña, Madrid y Barcelona, 2006, págs. 25 a 52.

“Elementos para una regulación del trust” , *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, dir. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M., Bosch, Barcelona, 2005, págs. 523-564.

CAPILLA RONCERO, F

La persona jurídica: funciones y disfunciones, Tecnos, Madrid, 1984.

CASTÁN TOBEÑAS, J

Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo.I, Volumen II, edit. Reus, Madrid, 1987.

COHET-CORDEY, F

“Le valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français”, *Revue trimestrielle de droit civil*, nº.4, oct-dec, 1996, págs. 819 y ss.

CORDERO CUTILAS, I

“La discapacidad e incapacitación judicial”, *Actualidad Civil*, nº.10, 2ª quincena de mayo de 2006, págs. 1157 a 1190.

CUADRADO IGLESIAS, M

“Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coords. GÓNZALEZ PORRAS, J.M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Volumen. I, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, págs. 1133 a 1150.

“La gestión en el Código civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1993.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C

Incapacitación y mandato, La Ley, Madrid, 2008.

“La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad”, *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Volumen I, Centro de Estudios Registrales, 2006, págs. 77 a 110.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R

“Comentario al artículo 1.911”, *Comentario del Código Civil*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Bosch, Barcelona, 2000, págs. 189 a 199.

DE ASÍS, R., BARIFFI, F., PALACIOS, A

“Principios éticos y fundamentos jurídicos”, *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 83 a 113.

DE CASTRO Y BRAVO, F

La persona jurídica, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1984.

Temas de Derecho Civil, 1972.

DE COSSÍO Y CORRAL, A

“La teoría del patrimonio”, *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, 1965, págs. 125 a 156.

DE LORENZO, R., PALACIOS, A

“Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional”, *Los Derechos de las personas con discapacidad, Volumen I, Aspectos jurídicos*, dir. LAORDEN, J., coord. TERREROS, J.L., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 3 a 123.

DE LOS MOZOS, J.L

“Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1991, págs. 587 a 609.

Estudios sobre derechos de los bienes, edit. Montecorvo, Madrid, 1991.

DÍAZ ALABART, S

“La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente. (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)” *Revista de Derecho Privado*, nº. 5-6, mayo-junio, 2004, págs. 259 a 270.

DÍAZ VALES, F

“El registro de bienes muebles: Bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Revista de Derecho Privado*, nº. 1-2, 2004, págs. 78 a 100.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A.

Sistema de Derecho Civil, Volumen I, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003.

Sistema de Derecho Civil, Volumen II, novena edición, Tecnos, Madrid, 2001.

Sistema de Derecho Civil, Volumen III, séptima edición, Tecnos, Madrid, 2005.

Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006.

DÍEZ PICAZO, L

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1996.

DORAL GARCÍA, J.A

“El patrimonio como instrumento técnico jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, T.XXXVI, octubre-diciembre, 1983, págs. 1269 a 1282.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F

“Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Número 1, 2004, págs. 43 a 52.

ENTRENA PALOMERO, B.

“El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales*, Volumen II, dir. LAORDEN, J., coord. TERREROS, J.L., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

FÁBREGA RUIZ, C.F

La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

“Cuestiones prácticas de incidencia del Derecho en el ámbito de las personas con discapacidad intelectual”, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas*, 2ª edición, Fundación Aequitas, Madrid, 2005.

FAIRÉN, M

“Patrimonio y responsabilidad patrimonial”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 2, 1962, págs. 241 a 313.

FERRERO HORMIGO, J.L

“La explotación familiar agraria en la Ley de 24-XII-81. Concepto, naturaleza jurídica y elementos”, *Revista de Estudios Agrosociales*, nº. 123, 1983.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I

“Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 113 a 180.

GANZENMÜLLER ROIG, C

“Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico”, *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 749 a 780.

GÁNZENMULLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F.

Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico, Bosch, Barcelona, 2005.

GARCÍA GARCÍA, J.M

“Teoría general del patrimonio”, *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T.I, Parte General, Civitas, Madrid, 2003, págs. 581 a 610.

GARCÍA PÉREZ, R

“Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, *Protección del patrimonio familiar*, coord. SÁNCHEZ CALERO, F.J., GARCÍA PÉREZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 107 a 154.

GARCÍA PONS, A

Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GAZTELU SAN PÍO, C

“La Ley del Patrimonio Especialmente Protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantía para el futuro de las personas con discapacidad. Las reformas del Código Civil. La autotutela”, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas*, 2ª edición, Fundación Aequitas, Madrid, 2005.

GETE - ALONSO Y CALERA, Mª.C

La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, Madrid, Civitas, 2ª edic, 1992.

GIL RODRÍGUEZ, J

“El patrimonio”, *Manual de Derecho Civil, I (Introducción y derecho de la persona)*, PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., Marcial Pons, Madrid, 2000.

GÓMEZ COLOMER, J.L

“La Jurisdicción Voluntaria”, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, aut. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., 13º edic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GÓMEZ GÁLLIDO, J

“La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”,

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Volumen. 81, nº. 687, enero-febrero, 2005, pags.11 a 30.

GÓMEZ LAPLAZA, C

“Comentario al artículo 270”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. AMORÓS GUARDIOLA, M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., Tecnos, Madrid, 1986, págs. 226 a 271.

GÓMEZ TABOADA, J

“Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde una perspectiva notarial”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ. J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 253 a 278.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M

“Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas”, *Personalidad y capacidad jurídicas. 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, coord. CASADO RAIGÓN, R., GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Volumen II, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 2005, págs. 697 a 710.

HERBOSA MARTÍNEZ, I

“El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *Actualidad Civil*, nº16, segunda quincena de septiembre de 2005, págs. 1925 a 1954.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, IMSERSO, FUNDACIÓN ONCE Y CONSORCIO CENTRO DE ESTUDIOS DEMOGRÁFICOS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de la Salud, 1999.

JIMÉNEZ BUÑUALES, M.T., GÓNZALEZ DIEGO, P., MARTÍN ROMERO, J.M

“La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) 2001”, *Revista Española de Salud Pública*, nº. 4, julio-agosto, 2002, págs. 271 a 279.

JIMÉNEZ LARA, A

“Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 177 a 205.

LACRUZ BERDEJO, J.L

Estudios de Derecho Privado Común y Foral, Tomo II, Obligaciones y Sucesiones, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona, 1992.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F

Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1991.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., Y OTROS

Elementos de Derecho Civil, I Parte general, Volumen II, Personas, 5ª edición, revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., Dykinson, Madrid, 2008.

Elementos de Derecho Civil. Sucesiones V, 3ª edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2007.

LARENZ, K

Derecho Civil. Parte general, traducción y notas de IZQUIERDO, M., PICAVEA, M., Edersa, Madrid, 1978.

LEÑA FERNÁNDEZ, R

“Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, dir. SANTOS URBANEJA, F., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 179 a 272.

“El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción”, *Academia Sevillana del Notariado. Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Tomo XVI, Volumen 2, Comares, Granada, 2008, págs. 33 a 146.

LÓPEZ - BERMEJO MUÑOZ, J.

“La revisión de los supuestos de publicidad restringida al amparo de la nueva legislación sobre el Derecho de Familia”, *Problemas actuales del Registro Civil*, dirigido por BENTO COMPANY, J.M., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs. 393 a 410.

LÓPEZ BURNIOL, J.J

“La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº.43, 2005, págs. 11 a 38.

LÓPEZ- GALIACHO PERONA, J

“Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coord. BELLO JANEIRO, D., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, págs. 169 a 209.

LUCES GIL, F

Derecho Registral Civil, edit. Bosch, 1986.

LUCINI NICÁS, 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”, *Actualidad Civil*, nº 14, segunda quincena de julio de 2004, págs. 1621 a 1634.

LUNA SERRANO, A

“El patrimonio protegido del discapacitado”, *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, coord. SERRANO GARCÍA, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 97 a 144.

MARÍN CALERO, C

“Comentarios a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados*”, coord.

RUEDA PÉREZ, M.A., Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Colegio Notarial de Valencia, 2005, págs. 39 a 62.

La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica e intelectual, Centro de Estudios Ramón Areces, Fundación Aequitas, Madrid, 2006.

MARTÍN SANTISTEBAN, S

El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de Civil Law, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005.

MARTÍNEZ DIE, R

“La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*. Bosch, 2005, págs. 125 a 194.

“Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán*, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 297 a 306.

MARTÍNEZ RIVERO, A

“El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público”, *Tratado sobre Discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 553 a 575.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L

Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍN ROMERO, J.C

“Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº. 60, octubre-diciembre, 2006, págs. 105 a 160.

MATEO Y VILLA, I

“De la fiducia gestión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 704, año 83, 2007, págs. 2585 a 2677.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES

Las personas mayores en España. Datos estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas, Madrid, 2006.

MORETÓN SANZ, M.F

“Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, núm. 687, 2005, págs. 61 a 118.

“La figura del administrador del patrimonio especialmente protegido: Reflexiones sobre su régimen jurídico”, *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Volumen I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 1185 a 1208.

MUÑIZ ESPADA, E

“Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. 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”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen II, coords. GÓNZALEZ PORRAS, J.M., Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, págs. 3429 a 3450.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X

“La declaración de incapacidad”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dir. MARTÍNEZ DÍE, R., Civitas, Madrid, 2000, págs. 45 a 58.

ORDÁS ALONSO, M

“Comentario al artículo 279”, *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 434 a 436.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad, versión española elaborada por MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES, 1994.

Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, versión española elaborada por el IMSERSO, 2001.

PALOMINO DIAZ, I

El tutor: obligaciones y responsabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PEREÑA VICENTE, M

Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil, Servicios de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A

Curso de Derecho Civil, Volumen II, coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Colex, Madrid, 1998.

PÉREZ BUENO, L.C., DE LORENZO GARCÍA, R

“La promoción de la autonomía personal y la protección en casos de dependencia por razón de discapacidad”, *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J

“La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 371 a 436.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C

“Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores”, Madrid, Informes Portal Mayores, nº. 42, de 01/11/2005, en www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/perez-proteccion-01.pdf

PÉREZ JIMÉNEZ, M^a T

“Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, n.º. 21, primera quincena de diciembre de 2004, págs. 2540 a 2558.

PINO, A

Il patrimonio separato, Padova, Cedam, 1950.

POZO MOREIRA, F.J

“La reforma del Registro civil por la 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos”, *Diario La Ley*, n.º. 7166, Sección Doctrina, 4 de mayo de 2009, año XXX.

PUENTE DE LA FUENTE, F

“El mandato preventivo”, *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*, coord. SERRANO GARCÍA, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 145 a 170.

PUIG BRUTAU, J

Compendio de Derecho Civil, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1987.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M^a

“La administración separada de la patria potestad y la tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista de Derecho Privado*, n.º. 85, 2005, págs. 51 a 78.

“Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º. 50, 2004, págs. 91 a 119.

RIVERO HERNÁNDEZ, F

“Teoría general del patrimonio”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Tomo I. Los patrimonios y la responsabilidad*.

Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio, Consejo General del Notariado, Barcelona, 2005, págs. 45 a 138.

“Los patrimonios autónomos, ¿hacia una categoría general?”, *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 601 a 640.

ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. J., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M

Comentario de la Ley Concursal, , Thompson Civitas, Madrid, 2004.

ROMÁN GARCÍA, A

El derecho de reversión legal. (Análisis del art. 812 del Código Civil español), edit. Montecorvo, Madrid, 1984.

ROCA SASTRE, R. M

“El patrimonio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 15, marzo, 1926, págs. 171 a 187.

RUBIO TORRANO, E

“El patrimonio del discapacitado”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coord. BELLO JANEIRO, D., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, págs. 321 a 339.

SALAZAR MURILLO, J

“Reconocimiento legal de la discapacidad”, *Los Derechos de las personas con discapacidad, Volumen I, Aspectos jurídicos*, dir. LAORDEN, J., coord. TERREROS, J.L., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 735 a 777.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S

“Sistema Registral Español. Registro Civil y Derechos Fundamentales”, *El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional*, dirigido por BENTO COMPANY, J.M., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004, págs. 13 a 102.

“Los actos del estado civil y su reflejo actual en la doctrina y la jurisprudencia”, *Problemas actuales del Registro Civil*, dirigido por BENTO COMPANY, J.M., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs. 15 a 64.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B

“La administración y supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 82, nº 695, 2006, págs. 1057 a 1100.

SANTOS URBANEJA, F

“Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, dir. SANTOS URBANEJA, F., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 15 a 60.

SEDA HERMOSÍN, M.A

“Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, dir. SANTOS URBANEJA, F., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 125 a 178.

“El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad”, *Academia Sevillana del Notariado. Conferencias del curso académico 2004/05. Ciclo sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, T. XVI, Volumen 2, Comares, Granada, 2008, págs. 1 a 31.

SERIAUX, A

“La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verb avoir”, *Revue trimestrielle de droit civil*, nº. 4, oct-dec, 1994, págs. 801 a 813.

SERRANO GARCÍA, I

“Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado*, Volumen. 52, octubre-diciembre, 2004, págs. 231 a 274.

Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Iustel, Madrid, 2008.

“Reflexiones acerca de los sujetos en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas*, 2ª edición, Fundación Aequitas, Madrid, 2005.

TORRES GARCÍA, T.F

“Discapacidad e incapacitación”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ. J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 437 a 460.

VON THUR, A

Parte general del Derecho civil, trad. ROCES, W., Comares, Granada, 2006.

ZURILLA CARIÑANA, M.A

“Comentario al artículo 641”, *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, edit. Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 794 a 796.