

La renta vitalicia inembargable en favor de la persona discapacitada como instrumento privado de previsión en el Derecho español¹

Por

Antonio Manuel Rodríguez Ramos

SUMARIO: 1. La oportunidad de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre y algunas de sus inoportunidades. 2. Naturaleza jurídica del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 3. Constitución, aportación y aceptación de una renta vitalicia gratuita al patrimonio especialmente protegido. 3.1. Elementos subjetivos. 3.1.a). Titular-beneficiario: discapacidad legal acreditada y discapacidades difusas. 3.1.b). Constituyentes. 3.1.b).1. Constitución directa. 3.1.b).2. Constitución indirecta: solicitante con aportación. 3.1.c). Aportantes. 3.2. Elementos objetivos. 3.2.a) Presupuesto de admisibilidad: la vida módulo del beneficiario. 3.2.b). Pensiones aportables. 3.3. Elementos formales. 4. La declaración

de inembargabilidad implícita.

1. La oportunidad de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre y algunas de sus inoportunidades

Es innegable la creciente preocupación de los poderes públicos para dispensar un trato jurídico y material adecuado a las personas discapacitadas, ya sea mediante la concesión de ayudas económicas, garantizándoles la asistencia médica, llevando a cabo actuaciones para su integración y dinamización social, interviniendo administrativamente en su atención y cuidado, o adoptando medidas de discriminación social positiva². Como no podía ser

¹ Este estudio se enmarca en los trabajos del Grupo de Investigación "El Derecho Civil del Siglo XXI", SEJ-448.

² Para una visión panorámica de todas estas medidas materiales de intervención, a modo de ejemplo, vid. Pérez Serrano, G. (coord.) *¿Cómo intervenir en personas mayores?*, Dykinson, Madrid, 2004. Con la misma generalidad para sus derechos, vid. Seijas Villadangos, E. *Los derechos de las ///*

menos, la fuerza centrífuga de esta acción protectora ha terminado calando en la legislación privada con innumerables ejemplos³, hasta el punto de poder hablar hoy de un auténtico "estatuto jurídico de la persona

/// *personas mayores*, Boe, Madrid, 2004. En concreto, en lo relativo al ingreso en geriátricos, vid. Barrios Flores, L. F. "Ingresos geriátricos: fundamento y garantías", *Derecho y Salud*, v. 12, n.º 1, 2004, p. 1 y ss; sobre acceso a un trabajo digno, vid. Falzea, "I fatti giuridici della vita materiale", *cit.*, pp. 482-484. La intervención normativa comienza con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de Minusválidos (en adelante Lismi, Boe núm. 103 de 30 de abril de 1982). A ella le siguieron, entre otras disposiciones, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre sobre igualdad de oportunidades, no-discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad; la Ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre empleo público de discapacitados y el RD de 31 de enero 2004 por el que se regula la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Esta legislación genérica se completa con la específica dedicada al sistema de pensiones, contributivas y no contributivas, entre ellas el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de Prestaciones Sociales y Económicas previsto en la Ley 13/1982 de 7 de abril (Boe núm. 49 de 27 de febrero de 1984); Orden Ministerial de 13 de marzo de 1984, por la que se establecen las normas de aplicación de las prestaciones sociales y económicas reguladas por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero; Ley 26/1990 que establece en la Seguridad Social Prestaciones no Contributivas y deroga el subsidio de garantía de ingresos mínimos y la ayuda a tercera persona de la LISMI; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Ley 3/1997, de 24 de marzo, sobre recuperación automática del subsidio de garantía de ingresos mínimos; Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, afectado por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre y la disposición final tercera del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero. A esta normativa hay que añadir la relativa a los Fondos nacionales o autonómicos de asistencia social: Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro; Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del fondo de asistencia social a ancianos, enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo (BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1981); Real Decreto 112/1989, de 31 de mayo, por el que se establecen medidas de simplificación del procedimiento seguido para la concesión de ayudas periódicas individualizadas a favor de ancianos y enfermos incapacitados para trabajar con cargo al Fondo de Asistencia Social (BOJA núm. 96 de 1.12.1989); Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes, cuyo artículo 7 suprime las pensiones asistenciales con cargo al Fondo de Asistencia Social. Todas ellas conviven con un importante entramado de normativa autonómica de protección social y administrativa.

³ Arts. 168 y 192 LH y concordantes de su reglamento, referidos a la hipoteca a favor de los incapacitados judicialmente; la constancia registral de las modificaciones judiciales de la capacidad; los procesos civiles para declarar la incapacidad; el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, etc. Uno de los más representativos consiste en la paulatina eliminación de las barreras arquitectónicas de las viviendas para adaptarlas a las personas con minusvalía. Aunque el camino comenzó con el art. 61 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, el primer hito importante lo fija la ley 3/1990, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda. Continúa la evolución con la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad; e indirectamente, la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, al alterar las mayorías de la Junta de Propietarios el art. 17.1 LPH. Si la vivienda estuviese arrendada, la cuestión se somete al art. 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. Para mayor detalle, vid. Gallego Domínguez, I., "Las personas mayores y la propiedad///

discapacitada”⁴.

Ocupa la cúspide de esta normativa privada la reciente 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 norma Tributaria con esta finalidad⁵ (en adelante, LPPD). La declaración de 2003 por el Consejo de la Unión Europea (3 de diciembre de 2001) como “Año europeo de las personas con discapacidad” justifica sobradamente la oportunidad y el oportunismo de la ley.

Sin embargo, su capital importancia dentro del “estatuto de la persona

discapacitada” no proviene tanto del momento en que se dicta, sino más bien de lo que dice y de cómo lo dice.

- De lo que dice, porque el legislador se ha propuesto defender los intereses patrimoniales de las personas discapacitadas con una serie de medidas que, en palabras de Gómez Galligo, “van a cambiar el curso de la historia, al menos de la del Derecho”⁶.

- De cómo lo dice, porque el legislador demuestra una sensibilidad especial tanto en la terminología técnica empleada en la norma (empezando por anteponer “personas” a cualquier otro calificativo)⁷, como en la exposición

///horizontal”, *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores (Córdoba 17-18 de noviembre de 2000)*, coords. González Porras, J. M. – Gallego Domínguez, I, Publicaciones Obra Social y Cultural de Cajasar, Córdoba, 2001, pp. 134-144. Con relación específica a la persona discapacitada, vid. Moretón Sanz, M. F. “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, *RCDI*, n° 687, enero-febrero, 2005, pp. 97 y ss.

⁴ Curiosamente, salvo en lo relativo a la vertiente civil, puede verse una visión global de la discapacidad en nuestro Derecho en Gómez-Jarabo, G.; Esbec Rodríguez, E.; Nevado Bravo, C. “Marco jurídico legal de la discapacidad”, *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, dir. Gómez-Jarabo, G. y Esbec Rodríguez, E., Edisofer, Madrid, 2000, pp. 375 y ss.

⁵ (B.O.E. n° 277 de 19 de noviembre).

⁶ Y lo justifica añadiendo que el legislador “por primera vez va a alterar el régimen de instituciones de origen inveterado, como la legítima hasta ahora intocable -e intangible- en Derecho Común”. Cfr. Gómez Galligo, “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *cit.*, p. 29.

⁷ Suscribo la opinión de González Porras, cuando afirma que “los cambios jurídicos no pueden verse como simples cambios políticos. Y en España muchos de los cambios a los que estamos asistiendo, son verdaderos cambios de naturaleza exclusivamente política y aún de motivación electoral”. González Porras, J. M., “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, *RDP*, marzo-abril, 2003, p. 149. Pero sin negar la oportunidad e incluso el oportunismo político de esta ley, salta a la vista la diferencia de trato literario dispensado a este colectivo de personas con el que recibía en el mismo Código civil (locos, dementes, ciegos, sordomudos...), en ocasiones alcanzando un punto peyorativo y despectivo por la propia doctrina (De Castro y Bravo, F., “Incapacitación del imbecil”, *ADC*, 1947). Por supuesto, sin quererlo. Etimológicamente “imbecil” proviene de la expresión latina “in baculus”, en referencia a quien necesita de un bastón para apoyarse. Que en origen no fuera denigrante no resta un ápice la carga despectiva y discriminatoria que se ha ganado con el tiempo. Fue///

de las motivaciones que le empujaron a promulgarla⁸.

Aunque la LPPD hace mella de forma necesaria e inevitable en los ámbitos personal y familiar de la persona discapacitada, su estructura elemental se asienta en los nuevos mecanismos patrimoniales de protección que incorpora en su articulado, unos dentro y otros fuera del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, la inmensa mayoría de naturaleza privada tanto por la esencia del negocio que regula, como por la cualidad de los destinatarios activos y pasivos de los mismos. A diferencia

de muchas de las leyes anteriores, esta norma tiende a que los protagonistas de la protección patrimonial, personal o familiar de la persona incapacitada o discapacitada, sean preferentemente otras personas físicas, o entidades jurídicas privadas (fundaciones, especialmente)⁹.

Para conseguirlo, la ley 41/2003 plantea su ataque preventivo desde cinco flancos diferentes. Y al acometer la ofensiva desvela sus inoportunidades, en la mayoría de los casos, incoherencias técnicas producto más del olvido que de la premeditación. Como

///el poeta Juan Ramón Jiménez quien enseñó en su "Ética de la estética" que "la virtud está en el sustantivo y los vicios en los adjetivos". Utilizando la misma lógica, Moretón Sanz recuerda que "a partir de los años ochenta y definitivamente con la entrada del nuevo siglo, se renueva la cuestión terminológica, evitándose la sustantivación de las situaciones adjetivas. La persona siempre ha de ocupar su lugar como sujeto, seguido de la condición adjetiva específica. En síntesis, la discapacidad no es sino un adjetivo, por lo que la fórmula recomendable es la de personas con discapacidad o en abstracto, la discapacidad". Cfr. Moretón Sanz, "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras...", cit., p. 63. También la doctrina italiana reivindicaba un nuevo lenguaje jurídico para evitar la "discriminazione moninale", acorde con la realidad social proclive al empleo de una terminología menos degradante. Así, Bianca, C. M., "La protezione giuridica del sofferente psichico", Riv. Dir. Civ., n° 1, 1985, p. 37.

⁸ "Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de la asistencia sanitaria y a otros factores y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse".

⁹ Se propone la admisión de las sociedades unipersonales y de las llamadas "fundaciones familiares" aunque con el único objeto de administrar y gestionar los bienes aportados por los padres y familiares fundadores para subvenir a las necesidades de un hijo o familiar discapacitado y con la limitación temporal de la vida del beneficiario. Muñiz Espada es aún más ambiciosa en sus planteamientos y apuesta por la importación a nuestro Derecho del modelo *trust*, propio de los países del *common law*, contenido en la Convención de la Haya y suscripto por Italia y parcialmente por Francia. Vid. "Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad...", cit., pp. 3434-3435. Para mayor detalle, vid. Martín Santisteban, S., "El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al *trust*?", AJA, año XLV, n° 612, febrero, 2004. Aunque la LPPD no se ajusta fielmente a los moldes conceptuales y procedimentales del *trust*, lo cierto es que tampoco encuentro demasiados obstáculos en la ley de fundaciones para conseguir resultados similares.///

no es el momento ni el lugar apropiado para diseccionarla, me limitaré a esbozar sus cinco ideas fuerza:

- La regularización del atípico "vitalicio" mediante el nuevo contrato de alimentos.

- La importación al Derecho común de la conocida en algunos Derechos for-

les y denominada por la doctrina "autotutela"¹⁰.

- Una importante reforma en la sucesión forzosa, en particular, autorizando excepcionalmente la privación o el gravamen de la legítima corta con una sustitución fideicomisaria en beneficio de los hijos o descendientes incapacitados del testador¹¹.

///Más bien, todo lo contrario. En virtud del art. 24.1 de la nueva ley de 2002, "las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia". Para De Angel Yagüez eso permite afirmar hoy la existencia legal de "empresas bajo forma jurídica de fundación", o dicho con otras palabras, que "la fundación puede ser empresario en sentido jurídico". Cfr. De Angel Yagüez, R. "Actividades económicas (mejor, empresariales) de las fundaciones", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coords. González Porras, J. M. - Méndez González, F. P., t. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 261. A estos efectos, destacan por su importancia el art. 26 ("Las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios") y el art. 27.1 ab initio ("A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas...").

¹⁰ El creador del término "autotutela" en España fue Sánchez Torres. Otros la llamaron "tutela fiduciaria" (Crehuet del Amo); "incapacitación voluntaria" (Garcla Amigo). Vid. Pérez de Vargas Muñoz, J., "La autotutela como medio de protección de los mayores", *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores (Córdoba 17-18 de noviembre de 2000)*, coords. González Porras, J.M. - Gallego Domínguez, I., Publicaciones Obra Social y Cultural de Cajasur, Córdoba, 2001, pp. 235-236. La cuestión terminológica ha quedado zanjada definitivamente por la propia Ley 41/2003 que, bajo el *nomen iuris* de "autotutela", autoriza al todavía capaz a inmiscuirse preventivamente en las resultas de su futura incapacitación, permitiéndole designar tutor y adoptar las medidas que estime oportunas en relación con su persona y bienes (arts. 234 y 239 CC, más el art. 757 LEC para la legitimación procesal). Paralelamente, la reforma añade al art. 1732 CC como causa automática de extinción del mandato la incapacitación del mandatario y la sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación, o el mandato se hubiera dado precisamente para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

¹¹ Quizá una de las reformas más técnicamente desafortunadas (por la forma más que por el fondo) haya sido la inclusión de una nueva causa de indignidad para suceder en el art. 756.7º CC: "Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil". El legislador desaprovechó por enésima vez la ocasión para sustituir la errónea "incapacidad" por "indignidad"; la expresión "personas con derecho a la herencia" es vaga, vasta e imprevisible con anterioridad a la muerte del testador y, además, pienso que en el término "atenciones debidas" deberían haberse incluido igualmente las provenientes del contrato de alimentos. Pero quizá lo más asombroso e incomprensible provenga de que ///

- La creación de un patrimonio especialmente protegido a favor de la persona discapacitada¹². El instituto carece de antecedentes propios en nuestro Derecho, más allá de las previsiones de administración especial contenidas en los arts. 164 y 227 CC, así como en el art. 169 del Código de Familia de Cataluña. Su mayor influencia proviene del *trust* anglosajón.

- Y la adopción de medidas de política tributaria para incentivar la constitución de este tipo de patrimonios de destino¹³.

De una simple lectura de estas refor-

mas se deduce que en unos casos el legislador atiende las necesidades del incapacitado (autotutela y derecho sucesorio); en otros casos, las del legalmente discapacitado (patrimonio protegido y medidas fiscales) y, por último, hay supuestos en los que los mecanismos de protección no dependen en absoluto de la condición personal de incapacitado o discapacitado de su destinatario (contrato de alimentos). Siendo la mayoría de estas instituciones aplicables indistintamente a unos y otros grados legales de capacidad, me cuesta entender por qué se han ubicado en compartimentos estancos y tan estrechos de protección jurídica¹⁴:

///la propia Exposición de motivos no exige que el inhabilitado deba estar obligado a prestarlos a la persona discapacitada. Si no hablamos de alimentos convencionales y puede que de los legales tampoco, no sé a que deber se refiere la ley como no sea el moral de atender a cualquiera que lo necesite. Creo que en este caso debiera jugar el principio de reciprocidad con la desheredación de los hijos o descendientes "por maltrato de obra" (art. 853 CC). De la misma manera que el maltrato de obra por el acreedor es causa de extinción de los alimentos legales, entiendo que no prestarlos debiera entenderse como maltrato de obra hacia el acreedor y causa de desheredación para el deudor. En una línea similar Garrido de Palma, V. M., "La desheredación y la exclusión", *RJN*, n° 53, enero-marzo, 2005, p. 183. Podría incluirse esta conducta como un supuesto de abandono sentimental, teniendo en cuenta los motivos que empujaron a la ruptura de la relaciones. Vid. Barcelo Domenech, J. "La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *RCDI*, n° 682, marzo-abril, 2004, p. 509. Por último y para poner fin a esta cadena de infortunios, el legislador exige que el destinatario de las atenciones sea discapacitado y no incapacitado. Y me pregunto con la profesora Pereña "¿Será que considera de mayor gravedad negar alimentos a un discapacitado que al incapacitado judicialmente?". Cfr. Pereña Vicente, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *BCRE*, n° 103, mayo, 2004, pág. 1523.

¹² Lo que no impide la existencia e incluso la convivencia con otros patrimonios autónomos familiares, como cuando se aceptó una herencia a beneficio de inventario o estuviera yacente, por ejemplo. Más casos en Oppo, G. "Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica", *Riv. Dir. Civ.*, n° 3, 1989, páginas 273 y ss.

¹³ Pocas cosas en la vida se salvan de traducirse a metálico. De ahí que, además de las mejores intenciones, la mejor vía para incentivar la constitución de un patrimonio protegido a favor de persona discapacitada consista en agradecer fiscalmente a quien aporta, sea en el IRPF si se trata de persona física (art. 15 LPPD) y en los impuestos concordantes para las personas jurídicas (así, se ha modificado la Ley 43/1995, de 2 de diciembre sobre el Impuesto de Sociedades con notables deducciones por contribuciones empresariales no sólo a estos patrimonios, sino también a planes de pensiones de empleo y a mutualidades de previsión social).

¹⁴ De parecida opinión, Pereña, Vicente, "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *cit.*, pág. 1531.

- *Estancos*, cuando en la mayoría de los casos funcionarán en cascada. Sin ir más lejos, la sustitución fideicomisaria se fundará por lo normal en la creación previa del patrimonio de destino, e incoherentemente, para gravar la legítima se exige la incapacitación del beneficiado y para constituir el patrimonio protegido su discapacidad legal¹⁵. Tampoco se extienden, por ejemplo, las bonificaciones fiscales del patrimonio de destino al hecho de la sucesión.

- *Tan estrechos*, que sólo citan como beneficiarios a los hijos o descendientes del testador, cuando se evidencia a diario la necesidad de protección del cónyuge, conviviente de hecho e incluso de sus familiares mayores.

A pesar de sus inoportunidades¹⁶, la ley acierta en el fondo de la cuestión, coadyuvando a la instauración paulatina de la libertad de testar en nuestro Derecho sucesorio y regulan-

do con cierta precisión y riqueza jurídicas instituciones tan necesarias socialmente como el "patrimonio protegido de las personas con discapacidad". Toca ahora dilucidar la posibilidad y conveniencia de que la renta vitalicia gratuita e inembargable forme parte del mismo.

No existe patrimonio autónomo, separado o de destino, que no se inspire y reúna estos cuatro principios esenciales: de *legalidad*; de *independencia* (absoluta o relativa) respecto del patrimonio personal de su titular; de *afección* a un fin concreto y determinado; y de *temporalidad*, integrándose en el patrimonio personal tan pronto desaparezca la causa que justificaba la separación¹⁷. El art. 1 de la Ley 41/ 2003, de 18 de noviembre, reconoce tres de los cuatro principios para el *patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*, en estos términos:

¹⁵ En este caso la incapacitación juega como una *conditio iuris* de la disposición que habrá de apreciarse cuando el negocio testamentario despliegue todos sus efectos, es decir, antes de la muerte del testador, aunque la incapacitación haya tenido lugar después de otorgar este testamento. Para RIPOLL, además, el art. 808 CC regula un *fideicomiso de residuo* con facultad de disposición en caso de necesidad del incapacitado. Vid. Ripoll Soler, A., "La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 CC: fideicomiso de residuo", *BCRE*, n.º 114, abril, 2005, pág. 826. También en *Lunes Cuatro Treinta*, n.º 380, 2005, pág. 15 y ss.

¹⁶ Para Muñiz Espada "para ser útil debería haberse hecho dentro de un planteamiento más realista y con una eficacia más amplia de la prevista, su regulación poco nítida ofrece numerosas dudas". 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*, coords. González Porras, J. M.-Méndez González, F. P., t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 3436.

¹⁷ De Castro y Bravo, F., *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1972, pág. 57.

1.- El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como 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.

2.- 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 tí-

ulos IX y X del libro I del Código Civil.¹⁸

El último principio, consistente en la temporalidad del patrimonio protegido, se contempla en el art. 6 de la Ley al regular sus causas de extinción. Mantener dos patrimonios con idéntico titular dominical es una situación excepcional que repugna al Derecho a menos que medie una causa poderosa que lo justifique. En consecuencia, ambas masas patrimoniales están vocadas desde la separación a reunirse automáticamente cuando dicha causa termine. En nuestro caso, al tratarse de un patrimonio especialmente protegido para personas discapacitadas, la reunión se produce al extinguirse la discapacidad o la misma persona discapacitada (art. 6.1 LPPD). Curiosamente, la exposición de motivos apun-

¹⁸ ¿Y en qué lugar quedan los Derechos forales y civiles autonómicos que regulen la cuestión? La exposición de motivos decía lo siguiente: "Sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tendrán aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.8.a) de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 CC". La ley después no dice nada y la exposición habla en pasado y no de las normas que a partir de la LPPD pudieran aprobarse. Para Bellod, la LPPD será a su vez supletoria de la normativa que pueda aprobarse por aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. Vid. Bellod Fernández de Palencia, E. "Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Su aplicación en Aragón", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albala dejo García*, coords. González Porras, J. M. – Méndez González, F. P., t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 579. Este fue el argumento base del Parlamento Catalán para interponer recurso de inconstitucionalidad n° 1004/2004 contra la LPPD, admitido a trámite por el TC mediante providencia de 13 de abril de 2004 (BOE n° 102, de 27 de abril de 2004, pág. 16606). La cuestión no es fácil de resolver. Indudablemente, las CCAA carentes de Derecho civil propio se limitarán a fijar la dotación de las ayudas sociales para este colectivo, en ningún caso a cuestionar la valoración y calificación de los grados de minusvalía. En esta línea, Moretón Sanz, "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras...", cit., pág. 72. Sin embargo, entiendo posible que los Derechos Civiles autonómicos modifiquen a la baja estos criterios "universales", ampliando así el campo de protección, aún a riesgo de provocar desequilibrios interterritoriales.

ta una causa más que luego el cuerpo legal olvida: “el caso especial de que el juez pueda acordar la extinción del mismo cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad”¹⁹. ¿Cuál de las dos partes de la ley se equivoca? ¿La articulada o la motivadora? Decía Díez-Picazo que las exposiciones de motivos han de ser “auténticas memorias justificativas de la oportunidad política y la calidad técnica-jurídica del proyecto o la proposición”²⁰. Nuestro legislador confirma con palabras lo primero y con silencios lo segundo. Porque calla dos veces: una, al omitir esta causa excepcional de extinción en el art. 6 y otra, al no establecer los medios procesales para llevarla a la práctica. A pesar de ello,

la entiendo vigente por puro sentido común, en el peor de los casos, a instancias del Ministerio Fiscal en el desenvolvimiento de sus funciones supervisoras (art. 7)²¹.

La de patrimonio separado pertenece al grupo de las categorías doctrinales por carecer de una normativa genérica en nuestro Derecho. A pesar de ello, la identidad de fundamentos y sus coincidencias legales con las características elaboradas científica y jurisprudencialmente, no dejan ningún género de dudas acerca de que ésta sea la naturaleza jurídica del patrimonio protegido para las personas discapacitadas²². Las pruebas abruma: la ley proclama los principios esenciales de

¹⁹ Hay una cuarta causa de extinción que, por la propia naturaleza de las cosas, no conlleva la reunión de los patrimonios personal y protegido: la desaparición sin equivalente (jurídica o física) de los bienes y derechos que constituyan el propio patrimonio separado.

²⁰ Díez-Picazo, L., “Los preámbulos de las leyes (en torno a la motivación y a la causa de las disposiciones normativas”, *ADC*, t. XIV, f. II, abril-junio 1992, pp. 504-505.

²¹ López-Galiacho pone como ejemplo de extinción judicial *ad libitum* la incapacitación de la persona discapacitada. Entiendo que lo normal será que no ocurra, es decir, que continúe la vigencia del patrimonio protegido, especialmente cuando fue la propia persona discapacitada quien lo constituyó y fijó el destino que habría de seguir si procediera su incapacitación. López-Galiacho Perona, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *cit.*, pp. 55-56.

²² En la misma línea, Cuadrado Iglesias, atendiendo a una interpretación finalista de la ley. Cuadrado Iglesias, M. “Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coords. González Porras, J. M. – Méndez González, F. P., t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 1137. De idéntica opinión es López-Galiacho, para quien con esta fórmula, el legislador rechaza “las fundaciones de interés particular, por otra parte prohibidas por la constitución (art. 34 CE), los fideicomisos sucesorios familiares fuera de los límites de nuestro Código Civil, o la carga de asistencia singular, de carácter duradero y afectada a una persona jurídica tutelar”. López-Galiacho Perona, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *cit.*, pág. 37. En contra Serrano García, quien después de calificarlo en varias ocasiones como “patrimonio de destino”, le niega incluso la condición de patrimonio mismo, “porque el legislador no se ha atrevido a modificar el art. 1911 de la responsabilidad patrimonial universal, de forma que los bienes que integran el patrimonio protegido de los discapacitados responden junto con los restantes bienes del cumplimiento de las obligaciones. Sólo tiene de patrimonio unas reglas especiales de administración”. Serrano García, I., “Discapacidad e//

los patrimonios separados en su definición y exposición de motivos²³, reconoce su temporalidad y prevé un régimen específico de administración (art. 5), supervisión (art. 7) y constancia registral (art. 8). Pero existen muchas peculiaridades de los patrimonios separados no reguladas expresamente en esta Ley. ¿Eso significa que deben obviarse por exclusión o aplicarse por analogía? Personalmente, me inclino por la segunda solución como regla, a menos que resulte manifiestamente incompatible con la finalidad pretendida que justifica la separación.

Por ejemplo, la subrogación real de las cosas y derechos que lo componen. De la masa autónoma pueden salir bienes y entrar otros en su lugar (*ex voluntate, ex necessitate*) que quedarían

igualmente afectos a la finalidad legal que motivó la constitución del patrimonio separado²⁴, sin perder por ello un átomo de su identidad e integridad jurídicas²⁵. La idea consiste en que permanezca intacto el *corpus universitatis* vinculado a la protección de la persona discapacitada, a pesar de la constante mutación de los elementos singulares que lo integran. Y no sólo para cumplir el fin elemental de sustituir una cosa por otra, sino especialmente al desempeñar un papel de "expectativa" en sentido económico, al eliminar el factor "riesgo" en la pérdida de los elementos patrimoniales, haciendo más productivo el uso de cada cosa en cuestión²⁶. Así lo reconoce indirectamente el art. 4.3 Ley 41/2003, cuando permite al aportante designar el destino que seguirá su atribución "o su

// / incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, coord. Torres García, T. F., Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, pág. 111. También, Moretón Sanz, "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras...", cit., pág. 77. De parecida opinión, aunque basada en el art. 2, Martín Sanfisteban, "El patrimonio de destino...", cit., pág. 3.

²³ "Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico".

²⁴ Roca Sastre define la "subrogación real" como "aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que al respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquella cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida". Roca Sastre, R. M. "La subrogación real", *Estudios varios*, Instituto de España - Ilustre Colegio de Notarios de Barcelona, Madrid, 1988, pág. 30; también puede encontrarse el mismo artículo en *RD*, n.º 385, abril, 1949, pp. 281-304.

²⁵ Sin perjuicio de lo que disponga el título de constitución del patrimonio especialmente protegido, o de que precise autorización judicial para llevar a cabo la enajenación (arts. 271 y 272 CC y normas forales o especiales concordantes, por remisión del art. 5.2 Ley 41/2003), a menos que el beneficiario tuviese capacidad de obrar suficiente.

²⁶ Doral, J. A. - Martínez-Echevarría, M. A. "Los derechos patrimoniales ante el concepto de dinero", *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 176.

equivalente” tras la extinción del patrimonio protegido (*premium succedit locum rei, et res loco pretii*)²⁷. La lógica exigencia del equivalente recuerda la imposibilidad de subrogación real en las adquisiciones o enajenaciones a título lucrativo.

Por el contrario, los patrimonios separados no son objeto del tráfico²⁸ y, sólo excepcional y justificadamente, podría permitirse en algunos casos la sucesión universal. ¿Es éste uno de ellos? El art. 6.1 de la Ley 41/2003, establece que “*el patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario*” y en el ordinal siguiente añade que cuando eso ocurra el patrimonio “*se entenderá comprendido en su herencia*”. Parecen y son una contradicción: si se extingue no se hereda y si se hereda no se extingue. En una interpretación rígida y cómoda de la norma, sólo serían

transmisibles *mortis causa*, los elementos patrimoniales individualmente considerados y no como patrimonio autónomo en sí. Esto no provoca la negación del patrimonio separado como tal, sino, más bien, demostraría que la separación que existió desaparece con la desaparición física de su titular, puesto que el heredero de éste respondería con sus propios bienes de todas las deudas hereditarias (art. 1003 CC), incluidas las vinculadas al patrimonio autónomo extinto²⁹. A pesar de ello, entiendo conveniente y debiera permitirse la reversión del patrimonio protegido a favor de otro discapacitado (mediante nueva constitución), que pueda ser objeto de legado o incluso de una sustitución fideicomisaria, a imitación del “*fund trust*” inglés³⁰.

Quizá la ley, debió dedicar un artículo para zanjar con toda claridad la responsabilidad paralela del patrimo-

²⁷ De la misma opinión, Cuadrado Iglesias, “Reflexiones acerca del patrimonio protegido...”, *cit.*, pág. 1137.

²⁸ “*El patrimonio no puede pasar inter vivos de una persona a otra dentro del derecho, porque (...) son tan íntimas las relaciones del patrimonio con la personalidad que al enajenar aquél se enajena ésta, equivaliendo a un acto de renunciamento a la vida*”. Roca Sastre, R. M. “El patrimonio”, *Estudios varios*, Instituto de España - Ilustre Colegio de Notarios de Barcelona, Madrid, 1988, pág. 22; también puede encontrarse el mismo artículo en *RCDI*, 1926, pp. 171-187.

²⁹ Como ocurre con la sociedad de gananciales (arts. 1367, 1373 y 1402 CC), constante la sociedad y para el caso de la liquidación. De los Mozos y de los Mozos, J. L., “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *RDP*, 1991, pág. 609.

³⁰ La enorme flexibilidad del instituto anglosajón permite a los familiares atribuir el destino final de los bienes, una vez fallecido el discapacitado, a sus demás hijos o a cualquier otra persona con discapacidad que hubieran designado en el acto constitutivo, o en la que decida el trustee o el “guardián” al término del *disabled trust*. Incluso durante la vigencia del *trust* se pueden designar a varios beneficiarios, de forma que satisfechas las necesidades de uno los excedentes pasen a otras personas o instituciones. Martín Santisteban, “El patrimonio de destino...”, *cit.*, pág. 2.

nio protegido. Que no lo hiciera, tampoco supone, a mi juicio, argumento suficiente para negarle la cualidad de patrimonio separado³¹. Es cierto que, para algunos autores, la responsabilidad especial por deudas desvinculada de las del patrimonio personal, constituye su nota característica y definitoria por excelencia³². Para mí, no. O al menos no en este caso. Yo creo que el patrimonio separado funciona como una afección preferente para el pago de las deudas vinculadas al mismo, que no impide el salto al patrimonio personal cuando el calibre de lo adeudado así lo pida³³. De esta manera se evitaría su utilización perversa para asegurar hipotecas u otra clase de deudas distintas a las vinculadas al patrimonio protegido y convertiría a la insolvencia en una causa más de extinción. El hecho fue objeto de debate en el Congreso con dos enmiendas sobre el particular, especialmente la n° 20 del Grupo Parlamentario Socialista

que decía así: “*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*”. Con mayor contundencia aún, pero errando en el supuesto de hecho, el Grupo Parlamentario Catalán propuso añadir con la enmienda n° 58 un segundo párrafo al art. 1911 CC en estos términos: “*El patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio*”³⁴. Ninguna vio la luz, provocando de nuevo la incertidumbre acerca de cómo interpretar el silencio del legislador. Para Martín Santisteban, “*la Ley española ha perdido la oportunidad de limitar la responsabilidad que puede hacerse efectiva sobre la masa de bienes que com-*

³¹ También Cuadrado Iglesias, “Reflexiones acerca del patrimonio protegido...”, *cit.*, pág. 1136. López-Galiacho Perona, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *cit.*, pág. 54.

³² Así, Lacruz Berdejo, J. L. *Elementos de Derecho Civil*, I, revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, J., Dykinson, Madrid, 1999, pág. 61. No necesariamente para otros, entre los que me cuento, como Díez-Picazo, L. - Gullón Ballesteros, A. *Instituciones de Derecho Civil*, v. I/1, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 245; o el propio De castro, *Temas de Derecho Civil*, *cit.*, pág. 57.

³³ Salvando las distancias, a imagen de los *trusts*, algún sector de la doctrina italiana habla de una cierta “garantía real y preferente” de los acreedores sobre los patrimonios de destino creados por las sociedades por acciones. Vid. Zopinni, A. “Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni”, *Riv. Dir. Civ.*, n° 4, 2002, pp. 570-571.

³⁴ BOCG. *Congreso de los Diputados*. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley 10 de septiembre de 2003. N° 154-5, 10, 33; BOCG. *Senado*. VII legislatura. Serie II. Proyectos de Ley 13 de octubre de 2003, n° 152 d.

ponen el patrimonio protegido", al modo de la dual "ownership" o propiedad desdoblada, basándose en el art. 2 que evita "la transmisión del patrimonio protegido a una persona diferente en cuyo interés se constituye"³⁵. Yo no lo creo así. Que el art. 2 diga "exclusivamente" no coarta por sí sola una posible transmisibilidad posterior del patrimonio protegido sino la prohibición de una titularidad plural simultánea³⁶, además de delimitar en todo caso la cualidad personal del destinatario. Por otra parte, si así lo hiciera (que no lo hace) con mayor razón se confirmaría su naturaleza jurídica separada.

Algo similar ocurre con las relaciones jurídicas internas entre el patrimonio personal del titular y la masa autónoma protegida. Como regla, la separación jurídica de patrimonios no impide mantener a modo de relaciones obligacionales o de derecho real entre uno

y otro (por ejemplo, extinguiéndose parcialmente por confusión o consolidación)³⁷.

Sea absoluta o relativa, lo que no admite duda es que tal separación existe mientras siga vigente el motivo que la provocó y, dada la trascendencia de las relaciones internas y externas que pudieran generarse entre patrimonios de idéntico o distinto titular, parece oportuno exigir un inventario de la masa autónoma. El art. 3.3 de la Ley lo impone en el contenido mínimo del documento constitutivo, de la misma manera que obliga al establecimiento de unas reglas de administración (y fiscalización, en su caso). Casi con la misma rotundidad que los otros cuatro principios, estimo esencial la sujeción de estos patrimonios separados a unas reglas uniformes de gestión³⁸, preferentemente llevadas a cabo por un órgano administrador unipersonal o colegiado³⁹. La ley fija sus propias re-

³⁵ Vid. "El patrimonio de destino...", *cit.*, pág. 3.

³⁶ Recuerda la correspondencia de un solo patrimonio separado para una sola persona discapacitada, Cuadrado Iglesias, "Reflexiones acerca del patrimonio protegido...", *cit.*, pág. 1139.

³⁷ Con carácter general, De castro, *Temas de Derecho Civil*, *cit.*, pág. 58. En concreto para este patrimonio protegido, Cuadrado entiende que deberá ser el Ministerio Fiscal a quien corresponda velar por las mismas. Vid. "Reflexiones acerca del patrimonio protegido...", *cit.*, pág. 1137.

³⁸ Lacruz, *Elementos de Derecho Civil*, I, *cit.*, pp. 62 y 63) "Las titularidades de administración y disposición del patrimonio autónomo, así como la responsabilidad a que se hallan sujetos sus bienes y la calificación de los mismos, en ocasiones (como sucede en los gananciales) es también objeto de estricta regulación legal". De los mozos, "Aproximación a una teoría general del patrimonio", *cit.*, pág. 609

³⁹ Efectivamente, dentro de las reglas legales sobresa la designación y funciones del administrador. Sometidos al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones que los tutores, estos administradores tendrán la condición de representantes legales del beneficiario (con constancia incluso en el Registro Civil, art. 8.1 Ley 41/2003) para los actos de administración sobre los bienes y derechos de la masa autónoma, sin precisar del concurso de padres ni tutores. Por supuesto, también puede ser administrador el propio beneficiario si reuniera la suficiente capacidad de obrar para ello. Por pura lógica, no sería representante de sí mismo.

glas basadas en los principios de subsidiaridad del título constitutivo por partida doble:

- Cuando el beneficiario sea a la vez quien constituye el patrimonio protegido y tuviere suficiente capacidad de obrar, sin imponer autorizaciones especiales.

- Cuando el beneficiario no constituyó el patrimonio protegido, o habiéndolo hecho careciera de suficiente capacidad de obrar, exigiendo autorización judicial en los mismos casos en que el tutor la necesite para administrar o disponer de los bienes del tutelado (art. 5 Ley 41/2003)⁴⁰.

A grandes rasgos este es el perfil del patrimonio legal, autónomo, temporal y de destino, al que podría incorporar-

se la renta vitalicia gratuita como uno más de los elementos patrimoniales afectos a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular. Queda un solo matiz. Además de la discapacidad de su destinatario, la otra seña de identidad de este patrimonio consiste en la especial protección que sugiere su *nomen iuris*. No es que el patrimonio proteja especialmente al discapacitado, que también. Es el propio patrimonio el objeto de una protección especial para garantizar que las necesidades de su titular-beneficiario no quedarán al descubierto. De entre las medidas protectoras destacan la citada constancia registral de la pertenencia de un bien o derecho a la masa autónoma (art. 8)⁴¹ y, sobre todo, las cautelas en la gestión, ya sean previas como las reglas señaladas, bien poste-

⁴⁰ A menos que los constituyentes o el administrador, a través del Ministerio Fiscal, soliciten del Juez y para casos concretos la excepción de la autorización judicial, en atención de la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otro hecho de análoga naturaleza. (art. 5.3 Ley 41/2003). En concreto, para la venta individualizada de los elementos patrimoniales, la propia ley dispone en su art. 5.2 que *"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 al efecto lo establecido en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881"*, denominado "De la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos" (arts. 2011- 2030 LEC). Más que desjudicializar el asunto, la norma desatasca el procedimiento, acorde con las corrientes contrarias a una inflación de actos de jurisdicción voluntaria, aún por legislar. Cuando sea innecesaria la intervención judicial, en el acto de enajenación intervendrá cuando menos el Notario. A estas tesis desjudicializadoras se abona Fernández de Buján, A. "La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones", *La ley*, año XXVI, n° 6216, marzo 2005, pág. 7.

⁴¹ Incluso se propuso crear un Registro de Patrimonios Protegidos de las Personas con Discapacidad, dependiente de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En el Registro Civil constará la representación legal del titular-beneficiario, en el de la Propiedad la adscripción de un bien inmueble o un derecho real inmobiliario al patrimonio protegido. Literalmente, la ley obliga a practicar el asiento de inscripción (*se hará constar*) y sólo faculta su cancelación (*se podrá exigir*). Para Cuadrado Iglesias *"tal disparidad no se haya 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"*. Cfr. "Reflexiones acerca del patrimonio protegido...", *cit.*, pág. 1149. López-Galiacho propone también la creación urgente de ///

riores como la supervisión que lleva a cabo el Ministerio Fiscal con el apoyo de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad (art. 7)⁴². Se han quedado sin decir muchas otras como, por ejemplo, la concesión de una preferencia para hacer efectivos los créditos del patrimonio separado sobre los acreedores particulares de la persona discapacitada, o la complementaria de excluir al patrimonio de la agresión de los acreedores cuando los créditos obedezcan a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular⁴³. Y, además, pueden pactarse otras en el título constitutivo y, es ahí donde, *a priori*, brillaría con luz propia la declaración de inembargabilidad de la renta vitalicia gratuita, en la medida en que protege, a la vez, el patrimonio y al propio titular-beneficiario. Digo, *a priori*, porque la inconstitucionalidad del art. 1807 CC, la carencia de una declaración expresa legal de inembargabilidad y la afección asistencial que realiza por sí sola la Ley, quizá condene la declaración convencional a la práctica inutilidad porque sus intenciones se vean cumplidas aún sin ella.

3. Constitución, aportación y aceptación de una renta vitalicia gratuita al patrimonio especialmente protegido

Porque discapacidad no implica incapacidad, nada impide que la persona discapacitada (pero con suficiente capacidad de obrar) constituya una renta vitalicia onerosa a su favor que, por definición, quedaría al margen del patrimonio separado pues, la ley, exige la gratuidad de la aportación (arts. 1.1 y 4.2 *in fine* Ley 41/2003). Pero también podría constituirla un tercero a título gratuito y no por ello integrarse en el patrimonio separado: bien porque dicho patrimonio como tal no exista (sea por defecto de forma o por carencia de voluntad) o, porque habiendo sido constituido, el constituyente de la pensión no la haya querido aportar; o porque siendo ésta su intención, el mismo beneficiario (discapacitado pero capaz de obrar), sus padres, tutores o curadores, la hubiesen rechazado justificadamente.

Así pues, sólo formarán parte de este

///juzgados especializados en incapacitaciones, que lograría velar junto a Notarios y Ministerio Fiscal, por una correcta y adecuada constitución, modificación y extinción del patrimonio protegido, sino también *"aprovechar esta reforma en el sistema judicial para lograr la humanización del procedimiento de incapacitación, con la gratuidad total del procedimiento y descargar a la familia de la responsabilidad de su denuncia al hacerla recaer en profesionales"*. López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", *cit.*, pág. 60.

⁴² RD de 31 de enero 2004 por el que se regula la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

⁴³ En la misma línea, Martín Santisteban, "El patrimonio de destino...", *cit.*, pág. 3.

patrimonio especialmente protegido aquellas rentas vitalicias gratuitas, constituidas y aportadas por los representantes legales de la persona discapacitada, o por un tercero. El propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente puede constituir el patrimonio separado, pero nunca constituirse para sí una renta vitalicia gratuita. Como veremos, el guardador de hecho constituye pero la ley no le permite aportar en calidad de representante legal. Para la validez y eficacia de la aportación (originaria o subsiguiente) llevada a cabo por un tercero (incluido el guardador de hecho), se precisará del previo consentimiento del titular-beneficiario con suficiente capacidad y, en su defecto, de su representante legal. El rechazo injustificado de éste último permitiría una posible constitución judicial del patrimonio separado, a petición del Ministerio Fiscal a instancia del aportante.

3.1. Elementos subjetivos

3.1.a). Titular-beneficiario: discapacidad legal acreditada y discapacidades difusas

Sólo y exclusivamente la persona física (incapacitada o no) con discapacidad legal acreditada, reúne las cualidades jurídicas, conjuntas e indisolubles, de titular del patrimonio protegido y de beneficiaria del mismo (art. 2.1 Ley 41/2003). Eso significa que sólo existe un titular para un patrimonio y que aquél sólo puede ser una persona discapacitada. A los efectos de la ley, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento (art. 2.2)⁴⁴, probadas ambas mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente⁴⁵, o por resolución

⁴⁴ La *discapacidad psíquica* hace referencia a una anomalía en el funcionamiento mental (inteligencia, pensamiento o conducta) de la que es responsable el cerebro. Por ejemplo, *retraso mental*, cuando una persona no ha llegado a adquirir una capacidad intelectual normal; *demenia*, si la persona que ha tenido una inteligencia normal pierde diversas capacidades cognitivas, como la memoria; *alteraciones del pensamiento y la conducta*, como ocurre en muchas enfermedades psiquiátricas, etc. Cuando la anomalía tienen lugar en la forma o en el funcionamiento de una o varias partes del cuerpo, nos hallamos en presencia de una *discapacidad física*; por ejemplo, la falta de una extremidad por haber nacido sin ella o por haber sufrido una amputación y la falta de movilidad de medio cuerpo por haber sufrido una lesión en una parte del cerebro. Finalmente, la expresión *discapacidad sensorial* hace referencia a una anomalía en el funcionamiento de los órganos de los sentidos y, concretamente, a una alteración biológica, congénita o adquirida de la visión (ceguera), o de la audición (sordera). Cuadrado Iglesias, M. "Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coords. González Porras, J. M.- Méndez González, F. P., t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 1135.

⁴⁵ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, afectado por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre y la disposición final tercera del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero.

judicial firme (art. 2.3). Antes que civil, el titular-beneficiario debe reunir la cualidad administrativa de persona discapacitada⁴⁶.

Los adverbios “exclusivamente” y “únicamente” empleados por la ley, cierran todas las puertas a la titularidad plural simultánea; a la protección patrimonial de discapacitados con minusvalía legal no acreditada (defecto formal por supuesto subsanable) y a las personas minusválidas que no alcancen el umbral legal de discapacidad, situación especialmente grave cuando viene acompañada por factores extrínsecos como el desempleo, la soledad, toxicomanías o desamparo. La sentencia de incapacitación (cuando proceda), podrá reportarle los beneficios

tuitivos prevenidos por la ley en su ámbito personal y patrimonial, pero nunca la posibilidad de constituir esta masa autónoma protegida si no cumple y prueba los requisitos mínimos de minusvalía del art. 2.2 Ley 41/2003.

Este rigor lo juzgo excesivo, incongruente y algo injusto por lo que deja sin proteger. La ciencia médica cifra en casi un millón y medio de españoles (integrantes del “colectivo invisible”)⁴⁷, los que quedarán al margen de esta ley y de su égida, sólo porque no rayan a la altura “caprichosa”⁴⁸ de una discapacidad que toma numéricamente por iguales supuestos vitalmente diferentes⁴⁹. Hablamos de una “discapacidad difusa” tan merecedora y digna de protección que

⁴⁶ López-Galiacho Perona, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *cit.*, pp. 39-40. Pues, incluso, el Juez civil carece de competencia para graduar y calificar la discapacidad. Vid. Moretón Sanz, “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras...”, *cit.*, pág. 78.

⁴⁷ Cifra reconocida en el Informe 4/2003 del Consejo Económico y Social (CES), aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 17 de diciembre, denominado “Situación de las personas con discapacidad en España”. En casi dos millones y medio se estimaban en 1999 las personas que en España padecían algún género de discapacidad para desenvolverse con normalidad en la vida cotidiana. Vid. Jiménez Lara, A. – Huete García, A. *Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003, pp. 20-21. La última encuesta EDES (Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud) realizada por el INE, ONCE e IMSERSO eleva la cifra a tres millones y medio, lo que supone que en la actualidad un 10 por ciento de la población española está afectada por alguna deficiencia física o psíquica. Vid. López-Galiacho Perona, J. “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *RCDI*, N° 687, enero-febrero, 2005, pág. 35.

⁴⁸ En concreto, la exigencia del 33 por ciento de minusvalía se corresponde con la exigida para la incapacidad laboral permanente total, absoluta o gran invalidez y, normalmente, empuja al Juez a fijar la incapacitación. El legislador pensó sin duda en las dolorosas secuelas de los accidentes de tráfico y laborales e hizo coincidir el mismo índice en las tres instituciones protectoras, con sus equivalencias reconocidas en los ámbitos fiscal y de la Seguridad Social. Moretón Sanz, “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras...”, *cit.*, pág. 80. A mi juicio, sin embargo, no dejan de ser tres filtros diferentes para situaciones distintas.

⁴⁹ Serrano García (citando a su vez a Millán Moya, A. -Secretario General del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI- esboza este sorprendente y dramático ///

hasta podría provocar paradójicamente la incapacitación de quien la padece. Entiendo por obvio que el legislador se viera abocado a estrechar el embudo asistencial para evitar posibles fraudes de ley, fiscales como de costumbre. Pero quizá la frialdad de los números no se compadece con complejas situaciones personales injustamente desterradas de la ley, como las de "inteligencia límite", senilidad avanzada, esquizofrenias, estados incipientes de patologías de Alzheimer⁵⁰, Pick o similares, agravadas (o provocadas) a menudo por hechos externos como el desempleo, alcoholismo, toxicomanía, analfabetismo, ansiedad, depresión, etc.⁵¹. En unos casos, no veo por qué perder el tiempo esperando a que llegue lo que a ciencia cierta llegará más pronto que tarde de forma irreversible. En otros, estimo que el legislador debiera

haber permitido una mayor flexibilidad normativa.

Del mismo grado de incorrección entiendo no haber exigido con claridad que dicha minusvalía, sino permanente, al menos fuera previsiblemente indefinida o cuando menos de una duración mínima estimable⁵². La temporalidad de la separación patrimonial no está reñida con la estabilidad de la situación que protege. Más bien todo lo contrario. Que sendos patrimonios estén predestinados a fundirse no significa que este hecho deba ocurrir al día siguiente. Precisamente ésa fue la motivación del constituyente del patrimonio protegido. Quien provoca una separación patrimonial, con la trascendencia jurídico-económica que ello implica, lo hace porque conoce la situación de discapacidad que padece su titular-beneficiario y porque la estima duradera aunque no eterna.

///retrato-robot de la persona discapacitada en España: "mujer, de entre 30 y 40 años, con una discapacidad física o psíquica, de mediana o severa intensidad, sin estudios o como mucho con estudios primarios, sin experiencia laboral, cuyo único contacto, si lo ha tenido, con los servicios públicos de empleo, ha sido para inscribirse como desempleada, condición que termina perdiendo por su no reovación. Normalmente vive en el hogar de sus padres, personas de edad avanzada, en situación de dependencia de éstos... Por supuesto, sin expectativas laborales reales y con muy escasa relación con los servicios sociales, a cuyas redes tiene escaso acceso...en caso de contar con una ayuda económica pública (pensión no contributiva, o asignada por un hijo a cargo, etc.) ésta se integra en el patrimonio familiar, sin poder de decisión por la propia persona con discapacidad. Este retrato adopta tintes más oscuros, sombríos casi, si esa persona en el medio rural". La descripción completa puede consultarse en www.cerni.es/Graficos/subcomision/cerni2.asp. Serrano García, "Discapacidad e incapacidad...", *cit.*, pág. 96.

⁵⁰ A fecha actual, se calcula que en España hay ya más de 800.000 afectados por la enfermedad de Alzheimer, de los que 600.000 están diagnosticados y más de un 10 % tiene menos de 65 años. Diario Córdoba, 19 de septiembre de 2005, pág. 45.

⁵¹ Con más profundidad, vid. Esbec Rodríguez, E. - Gómez-Jarabo, G., "Psicopatología forense: valoración y repercusiones forenses de los trastornos mentales", *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, dir. Gómez-Jarabo, G. - Esbec Rodríguez, E., Edisofer, Madrid, 2000, pág. 319 y ss.

⁵² La OMS, en su *Clasificación Internacional de Deficiencias y Minusvalías (CIDDM)* de 1980, fijaba una duración mínima de un año la limitación grave para alcanzar el grado de discapacidad. Posteriormente tuvo una revisión *CIDDM-2, versión Beta-1 (Ginebra, 1997)*. Vid. Gómez-Jarabo - Esbec Rodríguez-Nevedo Bravo, "Marco jurídico-legal de la discapacidad", *cit.*, pp. 379 y ss. Sin cuestionar la calificación médica, entiendo que la jurídica debiera exigir un número mayor de años.

Indirectamente así lo reconoce el legislador cuando prohíbe que las aportaciones se sometan a término (art. 4.2 *in fine*). A mi juicio, como veremos enseguida, un error técnico porque la propia renta vitalicia gratuita constituye en esencia un negocio a término final y, sin embargo, encaja como un guante en la disciplina y finalidad asistencial del patrimonio separado.

En lugar de esta cadena de remisiones, que comienza con la legal a una tabla reglamentaria y que termina en un dictamen médico, quizá hubiera sido más apropiado contener una definición en la propia norma, como la muy acertada del art. 7 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que entiende por minusválida a *"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"*⁵³. Pero no se ha hecho y me temo que no porque no haga falta o por falta de ganas, sino más bien por falta de ambición jurídica, dando la razón a Hernández Gil cuando decía que *"la aventura de la definición hay que reputarla fracasada"*⁵⁴.

3.1.b). Constituyentes

La ley distingue la fase de constitución del patrimonio protegido (art. 3), de las futuras aportaciones al patrimonio ya constituido (art. 4). En la misma exposición de motivos recuerda que *"la constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos"*. En consecuencia, no existe constitución sin aportación (que no a la inversa). Pero eso no significa que todo constituyente deba necesariamente que aportar a la vez, ni que tenga que aportar siquiera. Sin decirlo así expresamente, la ley distingue la *constitución directa* del patrimonio protegido por los legitimados para ello; de una posible *constitución indirecta* (consentida por los legitimados o, en su defecto, realizada por el juez) previa solicitud de un aportante con *"interés legítimo"*. De manera que en un mismo patrimonio protegido pueden coexistir constituyentes aportantes, constituyentes no aportantes y aportantes no constituyentes.

3.1.b).1. Constitución directa

El art. 3.1.a) permite al propio titular-beneficiario con suficiente capacidad de obrar constituir el patrimonio protegido, sea con aportaciones originarias

⁵³ Es verdad que los términos *minusvalía*, *deficiencia* y *discapacidad* no son sinónimos perfectos. La minusvalía alude a una situación de desventaja del individuo provocada por una deficiencia o discapacidad. La deficiencia (orgánica o psíquica) origina las minusvalías y las discapacidades. Y estas últimas vendrían a ser las minusvalías graves o cualificadas. Así, López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", *cit.*, pág. 35.

⁵⁴ "O, si se prefiere, abandonada. Posiblemente haya sido consecuencia de haber pasado el centro de la reflexión jurídica de la filosofía metafísica y moral a los dominios de la ciencia de inspiración positivista. Los juristas hoy parecemos menos ambiciosos". Hernández Gil, A., *Saber jurídico y lenguaje*, Obras Completas, t. 6, Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 171.

propias o de tercero⁵⁵. Añadir el calificativo de "suficiente" a la capacidad de obrar sólo puede plantear problemas sino se matiza que debe entenderse por suficiente. Si nada se dice, la capacidad de obrar se tiene o no se tiene. Si el legislador se quiso referir a otros matices metajurídicos, me temo que tenía que haberlo dicho y no dejarlo al albur del buen criterio notarial.

La autoconstitución quiebra con la pensión vitalicia. Indudablemente, el titular-beneficiario podrá incorporar al patrimonio protegido el derecho de renta vitalicia gratuita que ya viniera percibiendo, o que se constituyera para la ocasión por un tercero⁵⁶. Pero no podrá donarse a sí mismo una renta vitalicia (porque la ley no se lo permite), ni instituirse heredero o legatario de una pensión para después de muerto y con cargo a su propia herencia (porque no se lo permite la naturaleza). Aunque no pueda darse a sí mismo directamente, sí que puede hacerlo indirectamente a través de una carga modal puesta a una donación, o institución de heredero o legatario. Sin embargo, dado que en este caso el derecho subjetivo de renta vitalicia como tal no existe, tampoco podría integrarse como tal en el patrimonio autónomo y sí solo las pensiones conforme las vaya cobrando.

Cuando el titular-beneficiario no tuviera capacidad de obrar suficiente, la ley abre el abanico de constituyentes legitimados como una medida más de protección. La encabezan los representantes legales, es decir, padres y tutores (aportantes o no). La ley también alude al curador como posible constituyente y no le falta razón a medias. A diferencia de la patria potestad o la tutela, en la curatela es sabido que no hay sustitución de la personalidad ni representación sino complemento de capacidad o mera asistencia del sometido a curatela en los actos que no pueda realizar por sí solo, por tanto, el curador no podrá constituir por sí solo este patrimonio si no lo deseara también el curatelado⁵⁷.

A continuación le sigue el guardador de hecho pero sólo podrá constituirlo para una persona con "discapacidad psíquica" y sólo con las aportaciones hereditarias de los padres o tutores del discapacitado, o con las pensiones constituidas por aquéllos a su favor⁵⁸. Coincido con López- Galiacho en el sinsentido discriminatorio que supondría excluir al guardador de hecho de un discapacitado físico, como si éste fuera de peor condición que aquél, o impedir la constitución del patrimonio a su favor con otros bienes distintos a los expresamente citados en la nor-

⁵⁵ La citada "capacidad de obrar suficiente" será apreciada por el Notario autorizante (art. 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado; art. 167 y concordantes del Reglamento Notarial).

⁵⁶ Mediante un trasvase total o parcial de su patrimonio general al patrimonio protegido. Cuadrado Iglesias, "Reflexiones acerca del patrimonio protegido...", *cit.*, pág. 1138.

⁵⁷ Muñiz Espada, "Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad...", *cit.*, pág. 3437.

⁵⁸ Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 303, 304 y 306 CC [art. 3.1.c) Ley 41/2003].

ma⁵⁹. Lo cierto, sin embargo, es que el legislador especifica excluyendo. Pero como no encuentro justificación teórica y práctica a esta diferencia de trato, me temo que el intérprete antes de tenerla por inconstitucional la dará por no puesta o citada *ad exemplum*. Que la ley hable en futuro respecto de las pensiones tampoco excluye ni prohíbe aportar las que ya hubiera cobrado. En ambos supuestos encaja la renta vitalicia gratuita y declarada inembargable por el propio constituyente de la pensión (no del patrimonio).

3.1.b).2. Constitución indirecta: solicitante con aportación

El art. 3.2 permite a cualquier persona con "interés legítimo" solicitar de los legitimados directos la constitución de un patrimonio protegido, "ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin". ¿En qué consiste ese "interés legítimo"? ¿Quién lo fiscaliza? Esta expresión no se contemplaba originariamente en el Proyecto de Ley presentado al Congreso⁶⁰ y se añadió "para evitar situaciones fraudulentas de terceras personas movidas por inte-

reses ajenas a los de la persona discapacitada o incapaz"⁶¹. A mi criterio, sobran palabras y buenas intenciones: la expresión "incapaz", por redundante y perturbadora y las ganas de proteger cuando se ponen puertas al mar. Me parece impropio de un Estado de Derecho juzgar, *a priori*, las intenciones que subyacen tras hechos objetivamente intachables como el de proteger a una persona discapacitada. El Derecho dispone de un arsenal normativo para combatir los fraudes cuando se produzcan, sean civiles, fiscales o penales. Por eso me parece un error estrechar así el cerco de las personas legitimadas. Cualquiera puede crear un patrimonio protegido. Y si la constitución del patrimonio levantara suspicacias, fundadas o no, siempre podrían los representantes legales oponerse y, en su momento, el Juez decidir en última instancia⁶².

Por omisión premeditada de la Ley, creo absoluto e inatacable el rechazo (justificado o caprichoso) a la constitución del patrimonio protegido por el propio discapacitado con suficiente capacidad de obrar. Al discapacitado capaz no se le puede constreñir a hacer lo

⁵⁹ López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", *cit.*, pág. 42.

⁶⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, N° A-154-1, 6 de junio de 2003, pp. 1 y ss.

⁶¹ Enmienda n° 2 presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, admitida por el Grupo Parlamentario Popular. Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones*, Año 2003, VII Legislatura, N° 809, pág. 25493.

⁶² "El simple *animus donandi* del tercero constituyente que se desprende a título gratuito de bienes o derechos para atender al discapacitado beneficiario, bastaría para entender que se actúa a favor de su interés, sin otras consideraciones". Cfr. López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", *cit.*, pág. 43.

que no quiere, por muy minusválido que sea, de ahí que la ley exija su consentimiento basado en los valores constitucionales de la autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informan nuestro ordenamiento jurídico (art. 10 CE)⁶³.

Que no exista constitución indirecta sin aportación, no implica que ambos consentimientos negociales vayan de la mano. De manera que el discapacitado capaz puede querer la renta vitalicia y no ingresarla en un patrimonio separado constituido al efecto. Otra cosa es que el aportante quiera ofrecerla de esta forma. Si la aportación y constitución provienen de institución testamentaria, la facultad de aceptar o repudiar la herencia (art. 992.1 CC) se vincula directamente a este consentimiento, en este caso, comprensivo de la aportación y de la constitución (a menos que de la voluntad del testador se infiera lo contrario).

En cambio, la negativa "injustificada" de padres, tutores (y curadores a pesar del olvido legal), abre una tercera vía constitutiva: la judicial. En efecto, cuando el solicitante estime lesiva la decisión de los representantes legales para el bienestar de la persona discapacitada (y sin capacidad de obrar suficiente), podrá acudir al fiscal quien, a su vez, instará del juez lo que pro-

ceda atendiendo al interés de aquélla. La resolución judicial constitutiva expresará las reglas de gestión del patrimonio y designará como administrador a una persona distinta a la del representante legal disidente. También creo factible la constitución *de oficio* por el propio Juez en el proceso de incapacitación como una medida más de las contenidas en el art. 760 LEC e, incluso, de las cautelares del art. 762.1 LEC⁶⁴.

A diferencia del constituyente directo, el solicitante debe aportar bienes o derechos, a la vez que insta la constitución por el legitimado o, por el juez, en su defecto. Indudablemente, la solicitud sin aportación no lo convierte en constituyente en ningún caso. Pero el hecho de promover y realizar una aportación originaria lo asciende un rango en la escala de legitimados. Por eso entiendo que podría denominarse "constituyente indirecto". Sin duda, una de las aportaciones puede consistir en la renta vitalicia gratuita declarada inembargable por el propio solicitante.

3.1.c). Aportantes

Técnicamente, la cualidad de aportante es independiente de la de constituyente y, a la vez, compatible con ella. Para huir de confusas combina-

⁶³ Cuadrado Iglesias, "Reflexiones acerca del patrimonio protegido...", *cit.*, pág. 1139. Contra su decisión *ad nutum* no cabe recurso alguno. Vid. López-Galiacho Perona, *ibidem*.

⁶⁴ De parecida opinión es López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", *cit.*, pág. 44.

ciones, llamaremos aportantes *stricto sensu* a quienes sencillamente aporten sin más, sea al tiempo de la constitución o en un momento posterior.

Las aportaciones al patrimonio ya constituido, no importa quien las haga, se someten a idéntica disciplina y formalidades que las aportaciones originarias (art. 4.1 y 2 Ley 41/2003). Una de ellas consiste en la designación previa por el aportante del destino que deba darse a su atribución o a su equivalente (*subrogación real*) tras la extinción del patrimonio protegido. La ley establece dos límites tan genéricos a esta designación que convierten en subsidiaria y condicionada la voluntad del aportante:

- Subsidiaria a que no se disponga lo contrario en el Código Civil y normas de derecho especial aplicables. Este límite es general y previo a la extinción, en el que se incluyen, por ejemplo, las limitaciones de cuantía (art. 636 CC)⁶⁵.
- Condicionada a que hubieren quedado bienes y derechos suficientes. Pero, ¿suficientes para qué? Sin duda, para liquidar. La ley habla de la muerte del patrimonio protegido y no de su entierro, porque presume que los bie-

nes y derechos integrantes al tiempo de su extinción soportarán preferentemente las deudas del patrimonio protegido. De manera que en lugar de integrar en el patrimonio personal todo el entramado de créditos y deudas del patrimonio separado tras la extinción, sólo terminarán reuniéndose los que hubiesen quedado tras liquidar las deudas y, posteriormente, destinar las aportaciones a los fines queridos por sus aportantes cuando fuera posible. De no ser así, el art. 6.2 prevé que se les dé otra finalidad, lo más análoga y conforme que se pueda a la prevista por sus aportantes, atendiendo a su naturaleza, valor y proporción con el resto de las aportaciones realizadas. Sin duda la confirmación de que nos hallamos ante una cláusula modal, argumento que maneja la propia exposición de motivos al equiparar esta última posibilidad con la conmutación modal regulada en el art. 798 CC.

Distinta de esta *suficiencia post-extintiva* indispensable para cumplir con la voluntad del aportante, debiera ser la *suficiencia pre-constitutiva* con el fin de garantizar que las aportaciones originarias se basten por sí solas para satisfacer las necesidades vitales del discapacitado, cuando menos hasta el listón del art. 142 CC. No veo necesario pa-

⁶⁵ Lo que quiere decir el legislador en este caso es que las normas reguladoras de cada aportación patrimonial serán de aplicación preferente a la voluntad de destino del aportante. Así, tratándose de donación, podrá revocarse por las causas legalmente previstas (supervivencia o superveniencia de los hijos, ingratitud), reducirse por inoficiosa o rescindirse por fraudulenta. Por supuesto, tampoco podrán destinarse a fines ilícitos o perjudicar a los acreedores del aportante (art. 1111 y 1290 CC). Al tratarse de aportaciones gratuitas, ni siquiera sería preciso probar el *consilium fraudes*. Para Belloc estas limitaciones también pueden referirse a las sustituciones fideicomisarias de los arts. 781 y 785.2 CC en relación con el art. 26.3 LH. Vid. "Apuntes sobre la ley de 18 de noviembre de 2003...", *cit.*, pág. 587.

sar por un tamiz jurídico tan solemne y complejo una aportación que no alcance para estos mínimos vitales, por mucho que pudieran cubrirse sumándola al patrimonio personal. Lo que no obsta para que cuando vicisitudes personales y patrimoniales posteriores diesen al traste con esta suficiencia inicial, corresponda al patrimonio personal del discapacitado pechar con esa finalidad y suplir las carencias. Que estén separados no significa que no deban ser complementarios o subsidiarios ante situaciones de semejante naturaleza.

3.2. Elementos objetivos

3.2.a) *Presupuesto de admisibilidad: la vida módulo del beneficiario*

No se constituye un patrimonio protegido sin la aportación originaria de un bien o derecho a título gratuito. Luego añade el legislador que dicha aportación no podrá someterse a término y creo que se equivoca de palabra (por exceso y por defecto) y de ubicación, pero no de sentido.

- De ubicación, porque pese a hallarse en el art. 4.2 los requisitos de gratuidad y temporalidad no pertenecen en monopolio a las aportaciones que realicen los no constituyentes.

- De palabra, porque es posible someter a término (final) la aportación siem-

pre que la misma sobreviva o cuando menos se extinga con el beneficiario. Por el contrario, no podrán someterse a condición (suspensiva o resolutoria) aunque calle la ley al respecto.

El legislador abomina de aquellas aportaciones inseguras, bien porque no lleguen a nacer, bien porque una vez nacidas corran el riesgo de difuminarse cuando el beneficiario más las necesite. La renta vitalicia, aunque aleatoria y sujeta a término, aporta justo esa seguridad temporal que requiere el patrimonio protegido, siempre que la vida módulo se corresponda con la del titular-beneficiario⁶⁶. Y una prueba evidente de ello la encontramos en el art. 3.2 c), cuando el propio legislador permite al guardador de hecho incluir en el patrimonio protegido las pensiones constituidas por los representantes legales del minusválido psíquico a su favor.

3.2.b). Pensiones aportables

Se suele distinguir funcionalmente el *patrimonio de gasto* del *patrimonio de ahorro*⁶⁷. Este último otorga a la persona discapacitada la titularidad de derechos sobre inmuebles (especialmente, la vivienda), valores mobiliarios o grandes capitales de dinero para asegurarle autosuficiencia económica a medio-largo plazo. El patrimonio

⁶⁶ La duración del *disabled trust* también suele coincidir con la vida de la persona discapacitada, pero nada impide que se le someta a un término superior. Martín Santisteban, "El patrimonio de destino...", cit., pág. 2.

⁶⁷ López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", cit., pp. 47-48.

de gasto proporciona a su titular aportaciones constantes para atender sus necesidades normales y garantizarle un nivel de vida digno. Por lo general se compone de pensiones alimenticias, bienes de consumo, títulos valores, derechos de uso sobre inmuebles que le sirvan de domicilio y, especialmente, dinero en rentas para gastar e invertir en otros seguros de vida, rentas vitalicias o planes de pensiones. Así pues, la pensión vitalicia constituye el elemento estrella del patrimonio de gasto.

En principio, todas las pensiones vitalicias, gratuitas y puras, pueden formar parte del patrimonio especialmente protegido de una persona con discapacidad. A pesar de omitir al testamento como medio formal de constitución, a estos efectos no importa el origen *inter vivos* o *mortis causa* de la renta vitalicia. Tan gratuita y pura será la que constituya el objeto de una donación directa, como la que lo sea de un legado o sublegado a favor del titular-beneficiario.

Por supuesto, caen fuera las donaciones simuladas de renta vitalicia y la querida como onerosa a cambio de una contraprestación ridícula. Y tampoco creo aportables las donaciones con una carga modal sobre la persona discapacitada (aunque tuviese suficiente capacidad de obrar y la hubiese aceptado), subsumibles no en la letra, pero sí, en el espíritu del equívoco

“término” del art. 4.2 ley 41/2003. Ciertamente, la obligación modal no pervierte ni contamina la gratuidad de la atribución. Sin embargo, añade el riesgo del posible incumplimiento del favorecido, con la consiguiente facultad de revocación ejercitable por el aportante. La obligación modal no hace a la donación menos gratuita, sino más insegura. El incumplimiento del obligado a pagar la pensión pertenece al ámbito de lo probable y en cualquier caso permite la oportuna acción procesal. Lo temible proviene del incumplimiento de la obligación modal por el propio beneficiario, dando al traste con la finalidad asistencial protegida.

La segunda aportación paradigmática *inter vivos* la constituye sin duda la renta vitalicia en favor de tercero. Gratuita para el titular-beneficiario y de notable virtualidad práctica para el aportante-promitente que no tiene que pasar por la periodicidad de la prestación, sino transmitir de una sola vez el capital al promisorio obligado a pagar la renta. Sin duda, a ella se refiere el art. 3.1.c) cuando dice “*pensiones constituidas por aquéllos (representantes legales del discapacitado) y en los que hubiese sido designado beneficiario (el discapacitado, claro)*”⁶⁸. Un atractivo caso de contrato a favor de tercero podría resultar de la conmutación de la pensión compensatoria del art. 99 CC. De uso corriente en la práctica francesa, el cónyuge deudor

⁶⁸ De “utilidad especialmente patente” califica Gómez Laplaza a este supuesto, pero aplicado al contrato de alimentos. Gómez Laplaza, M. C. “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *RDP*, marzo-abril, 2004, pág. 153.

entrega un capital a una entidad aseguradora o bancaria para que sea ésta la que satisfaga la renta vitalicia al cónyuge acreedor, rompiendo de una vez y para siempre las secuelas matrimoniales y patrimoniales que la pensión conmutada mantenía en cierta manera vigentes a pesar de la separación o el divorcio. Al tratarse de una dación en pago, no será posible la aportación sin el consentimiento del cónyuge discapacitado con suficiente capacidad, o de sus padres, tutor o curador, en caso contrario.

También puede el testador aportar una renta vitalicia al patrimonio autónomo que constituya en el mismo testamento, o al ya constituido antes de su muerte. Como en el caso de la donación, entiendo que tampoco puede imponerse al titular-beneficiario obligación modal alguna.

Y por último, creo igualmente aportable la renta vitalicia producto del fago facultativo por los herederos de la legítima viudal.

3.3. Elementos formales

Los patrimonios protegidos para persona con discapacidad son de constitución solemne⁶⁹. Una garantía más para la mejor defensa del titular-be-

neficiario que, no obstante, podría jugar en contra de sus propios intereses. Como regla, toda aportación (originaria o subsiguiente) deberá constar en documento público. Excepcionalmente, la aportación permitida a un tercero tras el rechazo injustificado de los representantes legales del discapacitado, se hará constar por resolución judicial (arts. 3.3 y 4.1 Ley 41/2003). Ambas previsiones normativas me parecen insuficientes y confusas.

- Insuficientes, porque olvidan al testamento⁷⁰. Parece mentira que la constitución testamentaria contemplada en el art. 223 CC para la tutela, no se corresponda con un supuesto tan parecido y clamoroso como éste. Y no sirve de excusa alegar la cualidad de documento público notarial del testamento, porque no siempre ocurre así.

- Confusas, porque la resolución judicial bien podría amparar formalmente aquellas rentas vitalicias gratuitas que no constasen en documento público como, por ejemplo, una donación en documento privado (632 CC), o un legado en testamento ológrafo (678 y 688 CC). Hasta pudiera darse el esperpento de que el asunto acabase en manos del juez, tras la negativa (jurídicamente justificada) de los represen-

⁶⁹ Quizá una de las diferencias más importantes con el *trust* inglés, vinculado más con la *Equity*, evitando en la medida de lo posible escollos formales que dificulten la creación del patrimonio. Martín Santisteban, "El patrimonio de destino...", *cit.*, pág. 3.

⁷⁰ Del mismo parecer es Serrano García, quien añade la necesidad de encargar al heredero o legatario su constitución. Vid. "Discapacidad e incapacidad...", *cit.*, pág. 107. De ser así, hablaríamos de una tercera vía constitutiva, también indirecta.

tantes legales del discapacitado a aceptar la renta vitalicia, alegando un defecto formal en su constitución. Al juez le costará argumentar el rechazo a la integración patrimonial de estas rentas vitalicias cuando en todo beneficien y en nada perjudiquen a la persona discapacitada (art. 3.2 Ley 41/2003). Si se tratase, además, de una aportación originaria y constitutiva del patrimonio protegido, tampoco sería obstáculo suficiente para denegarla que el documento careciera de todos o algunos de los contenidos mínimos del art. 4.2, porque en estos casos corresponde al propio juez su integración practicando el inventario, nombrando administrador y determinando las reglas de administración y fiscalización, en su caso.

4. La declaración de inembargabilidad implícita

Siendo puras y gratuitas, no debiera existir obstáculo legal para declarar inembargables a las rentas vitalicias que se aporten. Que mejor forma de proteger al patrimonio y a la persona discapacitada que blindar las pensiones frente a sus acreedores. Sin em-

bargo, por puro tecnicismo jurídico, no disfrutarían de este privilegio procesal aquellas rentas vitalicias que fuesen producto de una conmutación, dación en pago o estipulación a favor de tercero. No son liberalidades, no admiten modos. Pero la verdad es radicalmente opuesta: todas las rentas vitalicias que se aporten a un patrimonio protegido para personas discapacitadas serán trabadas como pensiones, sean o no liberales, hayan sido declaradas inembargables o no.

El art. 5.4 Ley 41/2003 establece con claridad la finalidad asistencial de las aportaciones como si se tratase de un "modo legal": *Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como los 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*⁷¹. Critica con acierto Cuadrado Iglesias, el uso de la conjunción disyuntiva en lugar de la copulativa, pues no tendría ningún sentido que dicho patrimonio se destinara sólo a ser productivo marginando la asistencia a su titular-beneficiario⁷². En cualquier

⁷¹ Serrano García critica la insistencia legal al referirse a la satisfacción de las necesidades vitales y le preocupa la imprecisión si se refiere a que dicho patrimonio deba tener una limitación cuantitativa. A su juicio, hubiera sido más adecuado la expresión del art. 634 CC "reservarse bienes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias". Vid. "Discapacidad e incapacidad...", *cit.*, pág. 109. La versión del borrador de proyecto de ley de 18 de febrero de 2002 era aún más vago e impreciso, al establecer que el patrimonio debía constituirse en una cuantía suficiente que "facilite a la persona discapacitada la atención de sus específicas necesidades patrimoniales". Yo creo que por necesidades vitales ha de entenderse, cuando menos, las contenidas en el art. 142 CC.

⁷² Vid. "Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad", *cit.*, pág. 1136. Esta referencia recuerda la notable influencia, a pesar de quedar a medias, del "trust for the disabled", hasta el punto de llegar a la propia enajenación del patrimonio si la productividad fuese negativa o insuficiente.

caso, el precepto aplicado a las rentas vitalicias aportadas al patrimonio protegido, no importa su origen, las convierte en “pensión o equivalente” de manera automática y sin la necesidad *ad hoc* de declaración voluntaria alguna. La afección proviene de la propia ley. Da igual que se trate de una liberalidad o no, hable o calle el aportante, toda renta vitalicia incorporada a un patrimonio protegido pasará al octavo lugar en la traba. Los beneficios de orden y competencia procesal pertenecen a su esencia como un atributo

más del patrimonio de destino, legal e irrevocable.

El propio artículo 5.4 CC despeja la duda acerca de la afección a idénticos fines asistenciales de los frutos, rendimientos o productos de la renta vitalicia y, por idéntica lógica de las cantidades ya percibidas en este concepto por su titular-beneficiario, que de esta forma serían embargadas en calidad de pensiones o equivalentes, reafirmando su pertenencia a un patrimonio separado, autónomo y de destino.