

INFORMES PORTAL MAYORES

Número 42

Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores

Autor: Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen

Filiación: Univ. Las Palmas de Gran Canaria

Contacto: cpontiveros@dcjb.ulpgc.es

Fecha: 01-11-2005

Para citar este documento:

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2005) "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. [Fecha de publicación: 01/11/2005].

<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/perez-proteccion-01.pdf>

Una iniciativa del IMSERSO y del CSIC © 2003

ISSN: 1885-6780

PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS MAYORES: EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LOS MAYORES

Índice

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

II.- EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

- 1.- Concepto y caracteres
- 2.- Bienes y derechos que integran el patrimonio especialmente protegido
- 3.- Constitución del patrimonio especialmente protegido
- 4.- Régimen jurídico de las aportaciones posteriores de bienes o derechos al patrimonio especialmente protegido
- 5.- Administración del patrimonio especialmente protegido
- 6.- Supervisión del patrimonio especialmente protegido
- 7.- Extinción

PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS MAYORES: EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LOS MAYORES.

**Carmen Pérez de Ontiveros Baquero
Catedrática de Derecho Civil**

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

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 norma Tributaria con esta finalidad, ha sido el instrumento utilizado por el legislador para ordenar legislativamente una serie de medidas tendentes a procurar una mayor protección de las personas con discapacidad, centrándose, tal como se hace eco la propia Exposición de Motivos, en el aspecto patrimonial. No desconociéndose que uno de los aspectos que en mayor medida contribuyen al bienestar de este colectivo social es la promoción de los medios económicos necesarios para hacer frente a sus necesidades, la norma se ocupa particularmente de la regulación de instrumentos jurídicos adecuados que permitan subvenir a ellas. Como veremos, estas medidas legislativas resultan de especial utilidad al colectivo de las personas mayores.

En una observación general de esta Ley, puede apreciarse que no son limitadas las pretensiones del legislador, puesto que con su promulgación se ha intentado dar cumplida respuesta a numerosas cuestiones que la sociedad venía demandando. Pese a que su objeto inmediato lo constituye la regulación del llamado patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, de cuyo estudio voy a ocuparme en estas páginas, la modificación legislativa afecta a otras instituciones jurídicas que en mayor o menor medida pueden contribuir a una mejora social, de la cual podrán beneficiarse un gran número de ciudadanos. Con esta finalidad se introducen importantes modificaciones que afectan, en primer lugar, a la tutela y a la representación del incapaz, regulándose la autotutela y la atribución subsidiaria a la entidad pública por ministerio de la Ley de la tutela de los incapaces que se encuentren en situación de desamparo, y modificándose el art. 1.732 del Código Civil a efectos de validar la voluntad del mandante para la continuación del mandato pese a su posible incapacidad sobrevenida. Igualmente, se modifica de forma sustancial el derecho de sucesiones, viniéndose a configurar como causa de incapacidad para suceder el hecho de no prestar la debida atención al discapacitado, previéndose la posibilidad de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor del hijo o descendiente discapacitado, adoptándose medidas que afectan a las donaciones o legados del derecho de habitación, que podrá incluso constituirse por ministerio de la Ley a favor del legitimario discapacitado que lo necesite, confiriéndose, igualmente, al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, y excluyéndose, finalmente, de la colación los gastos realizados por los

padres o ascendientes para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados. La reforma del derecho privado culmina con la introducción en el Código Civil de la regulación del llamado contrato de alimentos, figura no desconocida en la práctica, y cuya virtualidad no presupone la posible discapacidad del alimentista, pese a que puede configurarse como un importante instrumento de protección tanto para este colectivo como para el de las personas mayores. Junto a ello, el legislador, consciente de que tan ambiciosos objetivos no alcanzarán plena eficacia si no se acompañan de las medidas tributarias, introduce una serie de modificaciones en las normas de esta naturaleza.

La determinación general del contenido de la norma no excluye la relevancia que en ella ocupa el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, que es lo que constituye el objeto de estas líneas. La Ley gira en torno a lo que se ha calificado como su verdadera estrella y a cuya regulación, totalmente novedosa, dedica sus ocho primeros artículos. La lectura de la Exposición de Motivos y del resto del articulado de la norma permitiría concluir que el legislador tuvo especialmente presente en su ordenación la figura del progenitor que, preocupado por la suerte del hijo discapacitado caso de que éste le sobreviva, precisa disponer de mecanismos adecuados para dotarle de medios económicos aptos para satisfacer sus necesidades; sin embargo, la institución que estudiamos no agota su contenido en este supuesto. En efecto, como veremos, puede constituir un instrumento adecuado para garantizar la cobertura económica de las necesidades de cualquier persona en previsión de su imposibilidad, lo que la hace especialmente atractiva para los mayores o para quienes adolezcan de cualquier tipo de enfermedad degenerativa, así como para sus familiares.

La eficacia de esta institución radica en la posibilidad de constituir un patrimonio separado, caracterizado por su afectación a un destino específico, cual es el de satisfacer las necesidades vitales de las personas con discapacidad que ostenten su titularidad. El art. 1 de la Ley 41/2003 es claro al señalar que el objeto de la norma es favorecer la aportación de bienes y derechos a este patrimonio de las personas con discapacidad, para garantizar la afeción de los mismos, así como la de sus frutos o rendimientos a la satisfacción de sus necesidades vitales. De ahí el especial régimen jurídico de administración al que se encuentra sometido, y la regulación de mecanismos de supervisión de ésta, atribuyendo tal función al Ministerio Fiscal.

Veamos más detenidamente el régimen jurídico de esta institución.

II.- EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1.- Concepto y Caracteres.

Como venimos diciendo, el patrimonio especialmente protegido es una masa patrimonial directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad. Sus notas más significativas se encontrarían, por

tanto, en su titularidad, ya que sólo pueden ostentarla las personas con discapacidad, su naturaleza de patrimonio de destino, afectado a las necesidades vitales del discapacitado, su separabilidad, en cuanto que goza de una cierta autonomía dentro del patrimonio del beneficiario, y el hecho de que nos encontramos ante una masa patrimonial carente de personalidad jurídica, estableciéndose de esta forma su separación respecto a aquellas otras masas patrimoniales a las que la Ley dota de personalidad al adscribirse por su titular a un fin de interés público o general como son las fundaciones.

A) Patrimonio “aislado” afecto a las necesidades vitales del discapacitado.

En su determinación jurídica, por patrimonio ha de entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a una persona. Para entender mejor la naturaleza de la masa patrimonial que estudiamos, dentro de este concepto general de patrimonio debe distinguirse entre el patrimonio personal, que comprendería el conjunto de bienes derechos y obligaciones anteriormente definido y cuya titularidad ostenta una persona, y lo que se ha denominado patrimonio separado, en este caso, patrimonio de destino, que se caracteriza por un especial régimen jurídico. De forma excepcional, el Ordenamiento Jurídico admite la posibilidad de independizar dentro del patrimonio de una persona una parte de estas relaciones jurídicas de contenido económico, dotándolas de una cierta autonomía y de un régimen jurídico específico. 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 configuración del patrimonio especialmente protegido como un patrimonio separado con un destino específico es clara en la Ley que lo regula. La propia Exposición de motivos refiere expresamente que los bienes y derechos de forman parte de este patrimonio “se aíslan” del resto del patrimonio del titular, teniendo como destino la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario, afectación que se recoge con claridad en el art. 1 de la Ley.

Esta independencia del patrimonio protegido dentro del patrimonio del beneficiario viene determinada en su régimen jurídico específico, y consecuencia inmediata de ello es la necesidad de que el momento en el que se constituye se practique un inventario de los bienes y derechos que inicialmente forman parte del mismo, a efectos de su correcta identificación, tal como establece su art. 3.3 a). También, puede apreciarse del hecho de que la Ley disponga que cuando el dominio de un bien inmueble o de un derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se haga constar con claridad esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, mención que habrá de practicarse, igualmente, en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables, tal como señala el art. 8.2. Este precepto también dispone que cuando se trate de participaciones en fondos de

inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles, el notario autorizante o el juez deban de notificar a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad. Finalmente, el art. 8.3 de la Ley señala que cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido, se podrá exigir por quien resulte su titular o tenga un interés legítimo, la cancelación de las menciones practicadas conforme a los párrafos anteriores del precepto.

Ahora bien, pese a la intencionalidad de establecer una cierta individualidad del patrimonio protegido dentro del patrimonio del titular beneficiario, la separabilidad absoluta de esta masa patrimonial no puede apreciarse en la regulación legal. Como antes señalaba, una de las cuestiones que más preocupa al legislador a la hora de abordar la admisión de patrimonios separados es la de la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1.911 del Código Civil. Pues bien, el hecho de que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, no regule en su articulado el régimen de responsabilidad de estos bienes respecto a las obligaciones a las que habría de hacer frente su titular, ni se diferencie entre aquéllas que tienen una consecuencia directa en la afección de los mismos a las necesidades del beneficiario y cualquier otra que pueda afectar al patrimonio del titular, ha sido una de las cuestiones más criticadas por la doctrina. Quienes han estudiado esta materia, no han dudado en resaltar las diferencias existentes entre el patrimonio protegido de las personas con discapacidad y el trust del derecho anglosajón, figura jurídica utilizada en diferentes ordenamientos jurídicos que se desarrollan en el ámbito del common law para conseguir un mecanismo de protección patrimonial efectivo para este colectivo social.

Ciertamente, la posibilidad de instituir un patrimonio especialmente protegido no puede erigirse en un instrumento que permita burlar los derechos de los acreedores del constituyente (obsérvese que, a falta de cualquier previsión legal al respecto, podría incluso afectar la totalidad de su patrimonio), puesto que quedaría siempre a salvo la protección legal correspondiente. Sin embargo, mayor dificultad representa determinar si la posible inscripción registral de la cualidad de los bienes permitiría al discapacitado o a su representante oponer la misma a la hora de hacer frente a obligaciones que no tengan su origen inmediato en la satisfacción de sus necesidades vitales, cuestión que, cuanto menos, resulta dudosa.

En otro orden de cosas y de acuerdo a lo previsto en la Ley, el patrimonio especialmente protegido, así como sus frutos, productos y rendimientos se encuentra afecto a las necesidades vitales del discapacitado, por lo que deberán determinarse cuáles son éstas. La Ley guarda silencio al respecto. Los intentos para concretar su contenido específico no pueden abordarse de forma genérica, dado que las necesidades que pueden afectar a la persona discapacitada serán diferentes en atención a las particulares condiciones del sujeto beneficiario. Sin embargo, el hecho de que la norma utilice el término “vitales”, no debe restringir su interpretación a las llamadas necesidades esenciales, esto es, a las que afectan al sustento o la habitación, sino que en ellas habrán de incluirse las relativas a procurar todos

aquellos cuidados que por las especiales circunstancias que afectan al discapacitado se precisen para que éste pueda llevar una vida digna. Por ello, habrán de incluirse en éstas las que deriven de tratamientos médicos exigidos para su rehabilitación, o tengan su origen en programas preventivos o de formación, así como cualquier otra de similar naturaleza.

B) Titularidad.

Tal como establece el art. 2.1 de la Ley 41/2003, el patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona a cuyo interés se constituya, que será su titular. A estos efectos, conforme a lo dispuesto en el art. 2.2, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, y b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. El grado de minusvalía habrá de acreditarse mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente, o por resolución judicial firme (art. 2.3). Al determinarse la titularidad del patrimonio protegido en atención al grado de minusvalía que pueda afectar al titular se amplía el posible número de beneficiarios, pudiendo servirse de este instrumento legal todas aquellas personas mayores que se encuentren en la situación prevista legalmente.

Consecuencia inmediata de ello es que el patrimonio se extinga a la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, o en el momento en el que éste deje de tener la condición de persona con discapacidad (art. 6.1).

Obsérvese que el precepto desvincula totalmente la de constitución del patrimonio protegido a la posible incapacitación del beneficiario, que podrá o no concurrir. Esta circunstancia supone también una ampliación del colectivo de personas que podrán beneficiarse de su constitución, en especial por lo que afecta a los mayores. La incapacitación, tal como establece el art. 199 del Código Civil, sólo puede ser declarada por sentencia judicial una vez apreciada la concurrencia de cualquiera de las causas previstas en el art. 200 del mismo texto legal, esto es, la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma. Pues bien, el hecho de que no se vincule la constitución del patrimonio a la posible incapacitación del titular beneficiario, puede tener alguna relevancia a la hora de apreciar el grado de capacidad necesaria para otorgar el consentimiento requerido para formalizar el documento público exigido en su constitución, función que habrá de corresponder al notario autorizante.

La finalidad primordial del legislador al desvincular la constitución del patrimonio protegido a la incapacitación del beneficiario, se encuentra en el interés de extender el ámbito de protección legal a quienes adolezcan del grado de minusvalía establecido legalmente, con independencia del hecho de que la deficiencia física o psíquica de la que adolecen les impida gobernarse por sí mismos.

La Ley distingue entre minusvalía psíquica, física y sensorial, exigiendo un menor grado a la primera, presuponiendo que quienes se encuentran afectados por una discapacidad mental precisan una mayor protección legal. Por otro lado, la distinción efectuada entre minusvalía física y sensorial lo es sólo a efectos de diferenciar entre las distintas deficiencias que pueden afectar al titular beneficiario, que bien podrán incidir en el funcionamiento de sus órganos sensoriales o de sus órganos físicos.

C) Carente de personalidad jurídica.

Como vimos con anterioridad, la Exposición de Motivos de la Ley refiere expresamente que los bienes y derechos que forman este patrimonio no tienen personalidad jurídica propia, señalando su art. 2.1. que su titularidad ha de atribuirse a la persona con discapacidad a cuyo favor se constituya.

De esta forma se ha pretendido diferenciar entre este patrimonio constituido a los efectos de garantizar la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, y aquellos otros supuestos en los que la adscripción de una masa patrimonial a un fin de interés general, como es el caso de las fundaciones, justifica la atribución de personalidad jurídica para garantizar el efectivo cumplimiento de la finalidad que preside su formación.

La falta de personalidad jurídica en el patrimonio especialmente protegido y la atribución de la titularidad del mismo al beneficiario, es una muestra más de que esa cierta independencia de esta masa de bienes dentro del patrimonio del beneficiario, a la que se refiere la Ley, no se produce de una manera absoluta.

2.- Bienes y derechos que integran el patrimonio especialmente protegido.

El art. 1 de la Ley señala expresamente que el objeto de la norma es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad; bienes y derechos que constituirán el mismo. Por ello, podrán integrarse en esta masa patrimonial toda clase de bienes, ya sean materiales o inmateriales, inmuebles o muebles, así como los derechos reales que se constituyan sobre ellos. También derechos de crédito, participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, y acciones o participaciones en sociedades mercantiles, así como cualquier otro de idéntica naturaleza. La Ley dispone, igualmente, que se integran en el patrimonio los frutos, productos y rendimientos de tales bienes.

La constitución del patrimonio especialmente protegido precisa una aportación originaria de bienes o derechos, admitiéndose la posibilidad de que puedan producirse aportaciones de bienes con posterioridad a la misma, como veremos más adelante.

No cabe duda de que formarán parte del patrimonio especialmente protegido aquellos bienes que se integren en el mismo como consecuencia o por efecto de una subrogación real. Conclusión que se desprende del conjunto de la regulación legal y que se observa con más claridad de lo dispuesto en el art. 4.3. Así, este precepto señala que al extinguirse el patrimonio especialmente protegido, los aportantes podrán establecer el destino que haya de darse a los bienes o derechos aportados o, en su caso, a su “*equivalente*” (ver sobre esta cuestión, Cuadrado Iglesias, Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo, tomo I, pág. 1.137).

3.- Constitución del patrimonio especialmente protegido.

A) Precisiones generales.

A la constitución del patrimonio especialmente protegido consagra la Ley su artículo tercero. Los tres apartados en los que se divide esta norma se dedican respectivamente a determinar quién podrá constituirlo (art. 3.1 y 2), y la forma en la que se ha de producir la constitución (art. 3.3).

La constitución del patrimonio especialmente protegido requiere, como hemos dicho, una aportación originaria de bienes y derechos que se han de integrar en el mismo. Bienes o derechos que podrán provenir del propio patrimonio del titular o del de terceros, si son aportados a esta finalidad. El art. 1.1 de la Ley señala que tal aportación, cuando se efectúa por persona distinta al beneficiario, se ha de realizar a título gratuito, disponiéndose en su art. 4.2 que no podrá estar sometida a término.

Ésta aportación de bienes o derechos a título gratuito por persona distinta al propio discapacitado, no afectará en modo alguno al régimen jurídico del acto o contrato en virtud del cual los mismos ingresan en el patrimonio. De esta forma, si se trata de una donación podrá ser rescindida si se ha celebrado en fraude de acreedores, pudiendo verse afectada por el régimen de revocación de las donaciones por ingratitud o por supervenencia o supervivencia de hijos, afectándole, igualmente, las previsiones legales que permiten su reducción por inoficiosa.

La necesaria aportación de bienes en el momento de constitución del patrimonio no excluye, como sabemos, la posibilidad de que con posterioridad puedan practicarse otras aportaciones, de cuyo régimen jurídico me ocuparé más adelante.

B) Personas que pueden constituir el patrimonio especialmente protegido.

a) El propio discapacitado.

Dispone el art. 3.1, a) que podrá constituir el patrimonio especialmente protegido la propia persona beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

Dado el contenido del art. 3.1, c), el supuesto de hecho del que ahora me ocupo comprende exclusivamente aquel caso en que los bienes y derechos que originariamente se aportan al patrimonio protegido provienen del propio patrimonio de la persona con discapacidad. Ello es consecuencia de que la norma diferencia el supuesto de constitución del patrimonio con bienes procedentes del patrimonio del beneficiario, de aquel otro en que los bienes provengan del patrimonio de cualquier otra persona con interés legítimo (art. 3.1.c)), precisándose en este último supuesto el consentimiento del discapacitado para la constitución del patrimonio.

La legitimación del beneficiario encuentra su fundamento último, tal como dispone la Exposición de Motivos de la Ley, en el respeto al principio de general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 10 de la Constitución).

Es requisito ineludible para que pueda constituirlo el propio discapacitado, que éste tenga capacidad de obrar suficiente, de forma que si concurre esta circunstancia habrá de decaer cualquier pretensión de terceros dirigida a su constitución. El hecho de que la Ley no aúne la titularidad del patrimonio a la posible incapacitación de la persona beneficiaria, suscita algunas dudas respecto a la posibilidad de que pueda constituir el patrimonio especialmente protegido una persona incapacitada judicialmente.

Como sabemos, conforme a lo dispuesto en el art. 760 de Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, por lo que la capacidad de obrar de la persona incapacitada se adecuará a la situación específica del sujeto al que afecte.

Es posible que la sentencia establezca la sumisión del incapacitado a la tutela, pasando a ostentar el tutor la representación legal del mismo en todos aquellos actos que en tal resolución se determinen (art. 267 del Código Civil). Siendo también posible que la sentencia determine que el régimen de guarda al que va a quedar sometido el incapacitado sea el de la curatela, cuando su situación no afecte de modo absoluto a su capacidad de discernimiento, limitándose la función del curador a la asistencia y complemento en aquellos actos que no pueda realizar por sí solo.

Por esta razón, creo que la posible incapacitación de la persona con discapacidad no constituye un motivo de imposibilidad absoluto para que ésta pueda constituir un patrimonio especialmente protegido. Es posible que, pese a que la sentencia de incapacitación no refiera de modo expreso esta imposibilidad, los obstáculos para su admisión tengan su origen en el grado de capacidad que de forma general se precise en esta resolución. Pero también, resulta posible admitir la intervención del incapacitado, aunque deba complementarse su capacidad mediante la intervención de las personas a las que se confiera su guarda.

Supuesto diferente es aquél en el que la persona con discapacidad no se encuentra incapacitada judicialmente. En este caso corresponderá al notario autorizante apreciar si puede o no otorgar el instrumento público constitutivo, deber que deriva del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 167 del Reglamento Notarial.

b) Padres, tutores, curadores o guardadores de hecho de la persona con discapacidad.

Conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 b), cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente, podrán constituir el patrimonio sus padres, tutores o curadores. La posibilidad de que el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica pueda instituir un patrimonio especialmente protegido aparece contemplada en el art. 3.1 c) para el supuesto en el que éste se constituya mediante la aportación los bienes que sus padres o tutores les hubieren dejado por título hereditario, o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en las que hubiere sido designado beneficiario, dejando a salvo la aplicación de los arts. 303, 304 y 306 del Código Civil.

En todos estos casos nos encontramos ante actos de constitución realizados por tercero, puesto que de esta forma han de calificarse los supuestos en los que no intervenga el discapacitado.

La legitimación otorgada a los padres concurrirá tanto cuando éstos ostentan la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, como cuando se ha producido la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad, en los supuestos previstos en el art. 171 del Código Civil. En todos estos casos, la posibilidad de intervenir en la constitución del patrimonio se justifica en atención a que los padres son los representantes legales de sus hijos menores de edad o incapacitados.

De la misma forma, el tutor ostenta la representación legal del sometido a tutela (art. 267 del Código Civil), por lo que parece adecuado conferir a éste la legitimación para intervenir en el acto de constitución del patrimonio especialmente protegido.

Los bienes aportados originariamente al patrimonio especialmente protegido podrán proceder tanto del patrimonio del propio discapacitado, como del de los padres o tutores, debiendo tratarse en este último caso de aportaciones realizadas a título gratuito.

La Ley confiere también legitimación para constituir un patrimonio especialmente protegido a los curadores. Esta habilitación suscita alguna dificultad en su interpretación si atendemos a la naturaleza jurídica de la figura de la curatela. El curador, como sabemos, no es el representante legal del sometido a curatela; su función se limita a la asistencia al incapacitado en aquellos actos para los que la sentencia de incapacitación así lo haya establecido (art. 289 Código Civil). Conforme a ello, la intervención de curador en el acto de constitución del patrimonio especialmente protegido debería haber sido a los solos efectos de asistir al

discapacitado sometido a curatela cuando la sentencia de incapacitación así lo establece. Sin embargo, el art. 3.1. b) no establece diferencia alguna en cuanto a la intervención en el acto de constitución de ninguno de los sujetos enumerados, de forma que su interpretación literal llevaría a admitir que no se precisa la intervención del discapacitado cuando éste esté sometido a curatela.

Esta interpretación resulta dudosa. No cabe duda de que en aquellos casos en los que la sentencia de incapacitación determina que el régimen de guarda de la persona a la que afecta sea el de la curatela, ello será atendiendo al grado de capacidad apreciado, que no alcanzará a una limitación absoluta y total de su capacidad de obrar. El respeto a la autonomía de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, recogidos en nuestra Constitución e inspiradores de la norma que estudiamos, justificaría una interpretación acorde a la naturaleza de la institución, restringiendo la intervención del curador a la asistencia al discapacitado al acto de constitución. No obstante, se trata de una interpretación que se aparta del tenor literal de la Ley.

Como hemos señalado, el art. 3.1.c) legitima al guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica para constituir un patrimonio especialmente protegido con los bienes que padres o tutores le hubieren dejado por título hereditario, o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos en los que hubiere resultado beneficiario. La guarda de hecho hace referencia a aquellas situaciones en las que, sin cobertura jurídica alguna, una persona asume el cuidado y atención de otra, bien sea menor o mayor de edad, sin posibilidad de valerse por sí misma. Desde siempre el Derecho ha visto con recelo estas situaciones carentes de cobertura jurídica que, sin embargo, han contribuido en numerosas ocasiones a solventar verdaderos estados de necesidad. La regulación de la guarda de hecho es exigua en nuestro Código Civil, que sólo le dedica los arts. 303, 304 y 306; a estos preceptos se remite el art. 3.1.c) de la Ley 41/2003. En virtud de tal remisión, la autoridad judicial podrá en cualquier momento requerir al guardador de hecho para que le informe de la situación del presunto incapaz y de su actuación en relación a los mismos, pudiendo establecer las medidas de control o vigilancia que considere oportunas. De la misma forma, podrán ser impugnados los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o del presunto incapaz que no redunden en su utilidad.

C) Constitución del patrimonio mediante la aportación de bienes o derechos adecuados, suficientes para este fin por persona con interés legítimo.

Éste es el supuesto de hecho del que se ocupa el art. 3.2 de la ley 41/2003, de 18 de noviembre. En este caso, los bienes o derechos que constituirán la aportación originaria al patrimonio especialmente protegido no pertenecen al beneficiario, ni tampoco a sus padres tutores o curadores, sino a un sujeto diferente que ha de hallarse motivado por un interés legítimo en la constitución. La Ley otorga a los interesados la posibilidad de que éstos puedan instar del propio discapacitado, o

bien de sus padres, tutores o curadores la constitución de éste, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes o derechos adecuados, suficientes para este fin. Mediando la oposición del discapacitado nada podrá practicarse, pero si la oposición proviene de padres, tutores o curadores, la Ley establece el procedimiento que habrá de seguirse a efectos de que el Juez ordene lo que proceda en interés de la persona con discapacidad.

La primera cuestión que suscita este precepto es la determinación de qué se ha de entender por interés legítimo. La Ley no lo precisa; sin embargo, por interés legítimo hemos de entender cualquier interés que sea digno de protección por el Derecho, incidiendo en este caso en la voluntad de contribuir a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona discapacitada. Por tanto, y en lo que respecta a las personas mayores, ese interés legítimo podrá apreciarse en la intervención de hijos o descendientes, o cualquier otro familiar que desee procurar un mayor beneficio al titular.

De la misma forma, resulta significativo el hecho de que la Ley exija que los bienes ofertados sean adecuados y suficientes a los fines que presiden su constitución, puesto que esta exigencia sólo se observa para el supuesto que ahora estudiamos. Además, determinar cuándo podremos considerar que la oferta de bienes realizada comprende los suficientes a estos fines no resulta sencillo. Es evidente que ello estará íntimamente relacionado con el alcance que haya de dar al concepto de “necesidades vitales del discapacitado” que, como ya dijimos, no ofrece unitaria.

Presupuesto este ofrecimiento de bienes, la constitución del patrimonio requiere la intervención de la propia persona con discapacidad, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente. Si se opone, el respeto a su autonomía y libertad impedirán de pleno derecho la constitución del patrimonio.

Cuestión diferente es cuando, faltando la capacidad del beneficiario, la negativa injustificada a la constitución procede de padres, tutores o curadores. En tal caso, la persona interesada podrá acudir al Ministerio Fiscal para que éste inste al Juez la constitución del patrimonio especialmente protegido. Tal como señala el precepto, si el Juez autorizara la constitución del patrimonio especialmente protegido, la resolución judicial determinará el contenido expresado en el art. 3.3, no pudiendo recaer el cargo de administrador, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiere negado injustificadamente a la constitución del patrimonio.

D) Forma de constitución.

Dispone el art. 3.3 de la Ley 41/2003 que: El patrimonio especialmente 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 especialmente protegido, b) La

determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de 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 art. 5 de esta Ley, c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Se establecen, por tanto, dos formas para la constitución del patrimonio especialmente protegido, una primera, mediante documento público, cuando ésta la practique la propia persona con discapacidad o sus padres, tutores, curadores o guardadores de hecho y, una segunda, mediante resolución judicial, en el supuesto de oposición del padres, tutores o curadores a la constitución del patrimonio con bienes aportados por tercero con interés legítimo.

La exigencia de escritura pública constituye una garantía a fin de dotar de seguridad al acto de constitución, en especial por las funciones atribuidas al notario respecto a la necesidad de apreciar la capacidad del otorgante. Por otro lado, la intervención judicial impedirá validar la negativa injustificada de quienes ejercen funciones de guarda de la persona con discapacidad.

Respecto al contenido del documento constitutivo, bien sea la escritura pública o la resolución judicial, la Ley precisa la necesidad de que conste el inventario de los bienes y derechos que originariamente se integran en el patrimonio. Como vimos, de esta forma se les dota de una cierta autonomía dentro del patrimonio del beneficiario.

También han de incluirse en la escritura pública las reglas de administración y fiscalización, así como las relativas a los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración. Como veremos, el respeto a la autonomía de la voluntad de beneficiario confiere una amplia libertad a éste para configurar la administración y fiscalización del patrimonio; libertad que no se aprecia de la misma forma en los supuestos en aquellos casos en los que la constitución la realiza un sujeto diferente.

Por último, podrá incluirse en la escritura pública cualquier otra disposición que se considere procedente.

4.- Régimen jurídico de las aportaciones posteriores de bienes o derechos al patrimonio especialmente protegido.

Una vez constituido el patrimonio especialmente protegido, se pueden realizar nuevas aportaciones de bienes o derechos al mismo; las formalidades a las que se encuentran sometidas se regulan en el art. 4.

Estas aportaciones pueden proceder del patrimonio del titular beneficiario, de sus padres, tutores o curadores o de cualquier otra persona con interés legítimo. En todos los casos, las aportaciones han de quedar sometidas a las mismas formalidades que rigen la constitución del patrimonio en el art. 5 de la Ley.

Debe diferenciarse entre los supuestos en los que las aportaciones son realizadas por el propio discapacitado con bienes propios, o por sus padres, tutores o curadores con cargo al patrimonio del mismo beneficiario, cuando éste no tenga capacidad de obrar suficiente, de aquellos casos en los que las aportaciones son realizadas por personas con interés legítimo.

Cuando se trata de aportaciones realizadas por terceros (personas con interés legítimo, en los términos que utiliza la Ley), éstas han de practicarse a título gratuito y no pueden estar sometidas a término (art. 4.2). Dentro del concepto de personas con interés legítimo han de incluirse los padres, tutores o curadores del discapacitado, cuando las aportaciones practicadas proceden de bienes o derechos cuya titularidad les corresponde.

Toda aportación de bienes al patrimonio especialmente protegido ha de contar con el consentimiento del titular del mismo, si tiene capacidad de obrar suficiente, o de sus padres, tutores o curadores cuando falte la misma. Precisión legal que podría resultar indiferente dado que, tratándose de actos a título gratuito, generalmente donaciones inter vivos, el propio acto precisa la aceptación del beneficiario. Por otro lado, cuando las aportaciones tengan su origen en disposiciones mortis causa se precisa también la aceptación del beneficiario.

Ahora bien, cuestión distinta es que conste la negativa injustificada de padres, tutores o curadores a la aportación interesada de un tercero. En tal caso, la Ley prevé la posibilidad de que la persona que ha ofrecido la aportación pueda acudir al Ministerio Fiscal para que éste inste al Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad (art. 4.2).

La Ley dispone que los aportantes puedan determinar el destino que deba darse a los bienes o derechos, o, en su caso, a su equivalente, una vez que se haya extinguido el patrimonio especialmente protegido, siempre que hubieren quedado bienes o derechos suficientes, sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de Derecho civil foral o especial que, en su caso, fueran aplicables (art. 4.3). Tal como dispone el art. 6.3 de la Ley, en caso de no poder 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.

Como vemos, el destino que puede imponerse a estos bienes aportados lo es sólo para el momento en el que se produzca la extinción del patrimonio, dado que para la vigencia del mismo el bien se encuentra afecto a las necesidades vitales del beneficiario.

5.- Administración del patrimonio especialmente protegido.

En cuanto a la administración del patrimonio especialmente protegido, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, precisa que el término administración ha de entenderse en la norma en su sentido más amplio, comprendiendo también los actos de disposición de los bienes y derechos.

En su ordenación legal, es el art. 5 de esta norma el que se ocupa de la administración, conformando un régimen jurídico diferente en atención a la persona que haya instituido el patrimonio. De esta forma, se diferencia entre aquellos casos en los que el constituyente sea el propio beneficiario, y aquellos otros en los que la constitución se haya realizado por terceros (englobando en este supuesto a padres, tutores, curadores y guardadores de hecho).

Cuando el patrimonio haya sido constituido por el titular beneficiario, el art. 5.1 de la Ley dispone que, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, la administración se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución. Por tanto, en este caso, corresponde al propio discapacitado la posibilidad de establecer el estatuto jurídico de esta masa patrimonial ordenando su administración.

La eficacia de la autonomía de la voluntad permitiría determinar no sólo las reglas para la administración, sino también la persona que ha de ostentar la misma y el régimen relativo a su sustitución y supervisión, sin perjuicio, todo ello, de lo establecido en la Ley.

En este caso, la administración podrá corresponder al propio discapacitado o a una persona diferente. No siendo el propio discapacitado, no existirá obstáculo alguno a la que la administración del patrimonio especialmente protegido recaiga tanto en una persona física o jurídica. Cualquier nombramiento relativo a la persona del administrador se verá afectado por la prohibición establecida en el art. 5.5 de la Ley, puesto que no podrán ser nombrados administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueren aplicables.

Si el constituyente no es el propio beneficiario, las previsiones legales son diferentes. En este caso, la administración puede conferirse también al propio discapacitado, si tiene capacidad de obrar suficiente, o puede otorgarse a cualquier otra persona física o jurídica. Dicho nombramiento se verá, igualmente, igualmente afectado por la prohibición contenida en el art. 5.5 de la Ley, por lo que no podrán ser nombrados administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueren aplicables.

Cuando la administración recaiga en un sujeto diferente al propio discapacitado, el art. 5.2 señala que 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 arts. 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.

La remisión a las reglas del Código Civil relativas a la autorización judicial de determinados actos del tutor que tengan una determinada trascendencia patrimonial, no es sino una consecuencia de la voluntad del legislador de establecer un determinado control a la actuación del administrador, a fin de evitar perjuicios al discapacitado.

La Ley no determina cuáles serían las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de cualquiera de los actos a los que afecte sin la preceptiva autorización judicial. No cabe duda que el interés de la norma obedece a la protección de los intereses del discapacitado, encontrándonos ante un precepto de carácter imperativo, por lo que podría predicarse la nulidad del acto.

Conforme a lo dispuesto en este mismo artículo, la autorización judicial no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

Tal como hemos dicho, la necesaria autorización judicial obedece a una mayor protección de los intereses del beneficiario discapacitado, sin embargo, en ocasiones, esta garantía legal puede conllevar el efecto contrario. La satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado puede requerir frecuentemente una actuación inmediata del administrador, no alcanzándose su cometido si media cualquier dilación. En otros casos, la propia naturaleza de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio protegido precisan también una actuación de carácter más dinámico. Por ello, la Ley prevé que los constituyentes o el administrador puedan 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 del beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

De esta forma, se otorga una mayor flexibilidad al régimen legal de administración del patrimonio especialmente protegido, pero atribuyendo al Juez en última instancia la facultad de dejar sin efecto la autorización, una vez ponderadas y analizadas las circunstancias concurrentes.

Una muestra más de la voluntad de flexibilizar el régimen jurídico de administración del patrimonio es la exclusión de la enajenación mediante subasta de los bienes o derechos que se integren en el mismo, de forma que no será de aplicación lo dispuesto en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (art. 5.2).

Dada la naturaleza del patrimonio especialmente protegido, el art. 5.4 de la Ley reitera que todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Por ello, cualquier previsión constitutiva que se oponga a lo establecido en este precepto habrá de considerarse nula.

Contempla también la Ley la posibilidad de que no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o en la resolución judicial constitutiva. En este caso, el Juez competente proveerá lo que corresponda a solicitud del Ministerio Fiscal.

Por último, el régimen jurídico relativo a la administración del patrimonio especialmente protegido culmina con lo dispuesto en el art. 5.7. Conforme a este precepto, el administrador del patrimonio, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la consideración 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 del tutor para su validez y eficacia.

Pese al tenor literal del precepto, la representación legal que se otorga al administrador no lo es tan solo para el caso en el que éste no sea el beneficiario, sino que también habrá de excluirse el caso en el que ostenten la administración padres o tutores, puesto que éstos ya son los representantes legales del menor o incapacitado. El supuesto se aplicará sólo a aquellos casos en los que la administración recaiga en un sujeto diferente al beneficiario, padres o tutor.

En tal caso, sobre el patrimonio del discapacitado pueden concurrir dos representantes legales; una representación que afectará, desde el punto de vista patrimonial, al llamado patrimonio personal del discapacitado, y otra, que tendrá por objeto los actos patrimoniales que afecten a los bienes o derechos que integren el patrimonio protegido.

6.- Supervisión del patrimonio especialmente protegido.

La Ley otorga la función de supervisión del patrimonio especialmente protegido al Ministerio Fiscal, pero ello no es obstáculo a que el constituyente determine en el título constitutivo las reglas relativas a la fiscalización de la administración que estime por convenientes, o que éstas vengan establecidas en la resolución judicial que lo origina.

El art. 7 de la Ley, bajo la rúbrica general “Supervisión”, se ocupa en sus tres primeros apartados de regular la intervención del Ministerio Fiscal en esta tarea, dedicando el apartado cuarto a crear la llamada Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Este último será un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y en el que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

Las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal permitirán el control de la administración del patrimonio especialmente protegido, previéndose en su actuación la posibilidad de instar al Juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad. Por otro lado, dicho Ministerio deberá ser oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

La intervención del Ministerio Fiscal podrá ser de oficio o a instancia de parte. Dado el contenido de su función, el art. 7.1 de la Ley establece que éste podrá solicitar del Juez 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 idéntica naturaleza.

En aquellos casos en los que el administrador no es el propio beneficiario o sus padres, el administrador del patrimonio especialmente protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando éste lo determine y, en su 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 (art. 6.2).

Esta función de supervisión del patrimonio especialmente protegido por el Ministerio Fiscal supone una garantía para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, la eficacia de la misma sólo podrá alcanzarse mediante el establecimiento de medios adecuados que permitan a este funcionario público conocer puntualmente la constitución de los patrimonios especialmente protegidos, dada que en la mayor parte de las ocasiones, ésta se produce extrajudicialmente. Difícilmente podrá llevarse a efecto esta labor de supervisión si tal información no se alcanza; sin embargo, la Ley no prevé ningún medio para que ello se lleve a efecto.

7.- Extinción.

El patrimonio especialmente protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar de tener éste la condición de discapacitado (art. 6.1 de la 41/2003). Éstos son los únicos supuestos de extinción del patrimonio referidos en el texto articulado de la norma; pero, junto a ellos, la Exposición de Motivos se refiere a una tercera causa de extinción, considerada como excepcional, en aquellos casos en los que el juez puede acordar la extinción del mismo, cuando así convenga a la persona con discapacidad. Pues bien, no cabe duda que el Juez puede acordar cualquier medida que convenga a los intereses del discapacitado, sin embargo, resulta cuanto menos dudosa la posibilidad de que pueda incluirse entre ellas la extinción del patrimonio.

Junto a estas causas, no cabe duda que el patrimonio termina si se produce la extinción de los bienes o derechos que lo integran, todo ello sin perjuicio de la sustitución real que puede operarse entre los distintos elementos que lo integran.

Enumeradas las causas de extinción del patrimonio, los párrafos segundo y tercero del art. 6 de la Ley 41/2003 se ocupan del destino que haya de darse al mismo. A estos efectos, señala el art. 6.2 que si el patrimonio se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, los bienes o derechos se integrarán en su herencia.

Si, a diferencia, el patrimonio se hubiera extinguido por dejar el beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el art. 2.2 de esta Ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas del Código Civil o de Derecho civil foral o especial que, en su caso, fueran aplicables.

La ley presta especial atención a las aportaciones de terceros, que, tal como señala su art. 4.3, han podido determinar en el momento de hacer la aportación el destino que deba darse a estos bienes o derechos, o a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio especialmente protegido. Voluntad que ha de ser respetada en cuanto sea posible, sustituyéndose por un destino lo más análogo posible, de acuerdo a la naturaleza y valor de los bienes, cuando concurra cualquier imposibilidad.