

NOTA BREVE SOBRE CAPACIDAD Y DERECHO CIVIL VASCO

Andres M. Urrutia Badiola
Notario

1. Introducción al tema

La primera aproximación al título de esta ponencia sugiere para cualquier jurista, una pluralidad de líneas de exposición que es necesario deslindar desde el principio.

En efecto, el análisis que cabe hacer en este caso puede ir desde los aspectos más personales de la situación de la persona con capacidad limitada judicialmente, esto es, los que afectan a su guarda y tutela (o incluso autotutela), hasta los que tienen que ver con el tema estrictamente sucesorio, que son los que, ya lo adelantamos, serán objeto de nuestro interés.

Dicho de otro modo, nuestra preocupación esencial a la hora de exponer el tema, incluye:

a) una autolimitación desde la perspectiva de que no nos referiremos a los elementos más personales de la situación de la persona con capacidad judicialmente limitada, sino que trataremos básicamente el entorno sucesorio.

b) El derecho sucesorio, además, será objeto de nuestro estudio desde el prisma de los padres y ascendientes y de los mecanismos de los que disponen para configurar un patrimonio de la persona con capacidad limitada.

c) Lo anterior nos proporciona ya un marco de actuación que es fundamental para ubicar nuestra exposición, pero que es necesario complementar hoy con su correlato con el ordenamiento jurídico correspondiente, profundamente reformado por la ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho civil vasco (en adelante, LDCV) que ha afectado al alcance y utilización de esas instituciones sucesorias en el ámbito del derecho civil vasco, aplicable a todos los que gocen de vecindad civil vasca y en todo el territorio de la Comunidad Autónoma Vasca (en adelante, CAV).

d) El cambio de paradigma que supone en este campo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE, núm. 96, 21 de abril de 2008) y del que en lo que se refiere a los derechos sucesorios se puede citar el artículo 12.5: *5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

e) En este sentido, la nueva Ley de Registro Civil del año 2011 introduce como novedad terminológica, dentro del sistema jurídico español, el término *modificación judicial de la capacidad de las personas* en sustitución de los vocablos *incapacidad* o *incapacitación judicial*.

f) La posterior legislación interna española con las reformas que se han producido principalmente durante el año 2015 en materia de Derecho civil sigue esta configuración marcada por la Convención ya citada en el sentido de entender que la capacidad de las personas viene determinada por el hecho de que en cada caso, en vez de ser considerada la persona como *incapaz* es necesario optar por una configuración de un sistema de apoyos en los que partiendo de la situación y la autonomía de la voluntad de cada persona, no se produce su sustitución en la realización de actos jurídicos ni su representación, sino que estas personas han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para tomar decisiones concretas y no verse privadas de su capacidad.

En esta línea va también la actuación jurisprudencial mas reciente.

g) En relación con lo anterior es necesario hacer una referencia a la nueva redacción en la Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco al tema de la responsabilidad en materia

de deudas de la herencia que cabe recordar en la antesala de la exposición de esta materia

Artículo 21. Gastos de la sucesión y beneficio de separación.

2. El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación.

En consecuencia y desde el día 3 de octubre del 2015, y para los fallecimientos ocurridos a partir de ese momento, en el que entra en vigor la Ley 5/2015, habrá que reinterpretar las medidas de precaución que establece el Código Civil cara a la posibilidad de aceptar herencias por personas con capacidad judicialmente modificada a través de sus representantes legales, al exigir la intervención o aprobación judicial o en su caso la aceptación a beneficio de inventario.

Es cierto que la fórmula del artículo 21 LDCV no excluye la aceptación a beneficio de inventario como acto voluntario pero será necesario considerar que el nuevo panorama de la responsabilidad por deudas de la herencia recogido en la LDCV permite por parte de estos representantes legales aceptar herencias sin incurrir en responsabilidades patrimoniales para las personas que representan o cuya capacidad apoyan.

He ahí un tema que generará interés en la práctica profesional en esta materia, máxime si se utiliza el mecanismo del artículo 21.3 LDCV y se solicita que la responsabilidad o las obligaciones del causante, los legados y las cargas hereditarias se paguen con los bienes de la herencia.

2. Clases de disposiciones patrimoniales

En el juego del derecho sucesorio, parece lógico pensar que los recursos de que los padres disponen para poder ir construyendo el patrimonio de sus hijo/as con capacidad judicialmente limitada pueden ser de dos tipos¹:

¹ RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ: "Discapacitados y testamento", in *Discapacidad intelectual y derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas (Granada – 23 y 24 de octubre de 2003), Colección La Llave, número 1, Madrid, 2004, págs. 205 y 206.

a) Las disposiciones directas realizadas en favor de ese hijo/a con carácter gratuito, pura y simplemente (donaciones, legados e instituciones hereditarias), o bien con prohibiciones de disponer, exigencia del consentimiento de diferentes personas o sustituciones fideicomisarias a favor de un hermano, un extraño o una entidad que se responsabilice de la guarda y atención de ese hijo/a.

b) Las disposiciones indirectas, tales como donaciones, legados o instituciones hereditarias, a favor de un hermano, extraño o entidad, con la condición, el modo o la carga del cuidado de la persona con capacidad judicialmente limitada o el pago de una renta o los gastos de mantenimiento, cuidado, educación y estancia, en un establecimiento adecuado.

En este contexto podemos ya enumerar las instituciones que vamos a exponer precisamente para mostrar las relaciones entre la capacidad civil y el derecho civil vasco:

Testamentifacción

- Testamento mancomunado
- Testamento por comisario

Legítima vasca y capacidad civil:

- Libertad de designar heredero
- Troncalidad y derecho de habitación
- Sustitución ejemplar
- Sustitución fideicomisaria

Pacto sucesorio

Excluimos, por lo tanto, expresamente el patrimonio protegido de las personas con discapacidad de la ley 41/2003, que fue objeto de estudio en las terceras jornadas prácticas de la AVD-ZEA y el Colegio de Abogados de Bizkaia, ya publicadas, y el contrato de alimentos, que trataremos de pasada, en el ámbito de los pactos sucesorios.

3. Testamentifacción

La nueva ley civil vasca extiende la posibilidad de otorgar testamento mancomunado y testamento por comisario a todos los vascos con vecindad civil vasca, vecindad que la Disposición Transitoria Séptima de la ley atribuye a quienes en el momento de entrada en vigor de la norma tenían vecindad civil en cualquiera de los territorios de la CAV.

En todo caso, el análisis pormenorizado de estas dos figuras específicas del derecho civil vasco nos pone de relieve:

3.1. Testamento mancomunado

En lo relativo al testamento mancomunado (arts. 24-29 LDCV), es indudable su utilidad como instrumento en el que ambos cónyuges o ascendientes dispongan de su patrimonio, normalmente ganancial o ganado durante el matrimonio, a favor del hijo/a con capacidad judicialmente limitada, de tal modo que se produzca una situación de certeza respecto al destino de estos bienes, por encima de ulteriores nupcias tras el divorcio o el fallecimiento de uno de los cónyuges. Ciertamente el factor fundamental sería la correspectividad, esto es, que se tratase de una disposición a favor del hijo/a o descendiente en esa situación que estuviese recíprocamente condicionada, sin que fuera revocable por uno en vida del otro, sin su consentimiento y que, además, se convierta en irrevocable, fallecido uno de ellos. Mecanismos de este tipo existen hoy en el artículo 25.3 LDCV.

3.2. Testamento por comisario

En el caso del testamento por comisario, su utilidad resulta más que evidente en los casos de existencia de un hijo/a con capacidad limitada judicialmente al que se le quiera favorecer por los padres. En primer lugar, porque permite que entre los padres se otorgue este testamento que a lo largo del tiempo permitirá vislumbrar cuál es la situación de los demás hijo/as y qué tipo de disposición (directa o indirecta) es más interesante realizar en función de la situación familiar.

Por eso resulta adecuado para padres con mediana edad, con hijo/as entre los que exista alguno en dicha situación. Por una parte, el patrimonio se estará formando; por otra parte, no se sabe

cuál será la actitud del resto de los hermanos o sus cónyuges respecto de ese hijo/a en el futuro.

El testamento por comisario exige, sin embargo, desde el punto de vista del País Vasco y la situación de ese hijo/a, una serie de precisiones:

a) El establecimiento de un testamento preventivo, que prevea el estatus del hijo/a con capacidad judicialmente limitada en caso de imposibilidad de ejercicio del poder testatorio por fallecimiento conjunto de los padres o imposibilidad de su ejercicio por el consuno o extinción del mismo. Sería de utilidad, en todo caso, vgr., si no se llega a la situación de incapacitación judicial, la configuración de un comisariado único o múltiple a favor de uno o varios hermanos que estén más próximos al hijo/a en esa situación estableciendo su régimen de actuación.

b) La configuración del comisario como un auténtico "paratutor" o, mejor dicho, "paracurador" del hijo/a que, sin estar con la capacidad judicialmente limitada, tenga un cierto entorno patrimonial, para lo cual sería necesario configurarlo con unas facultades de administración o disposición amplias, que hoy posibilita la ley e incluso la voluntad del comitente, y que exigirían, en mi opinión, una intervención judicial en algunos casos, especialmente en los que puede estar en juego el patrimonio que por vía sucesoria puede recibir esa persona.

c) La ya producida extensión del testamento por comisario a todos los que gocen de vecindad civil vasca, a fin de que, en combinación con la legítima colectiva de un tercio de la herencia, que además es de valor económico, se pueda moldear un comisariado útil a las necesidades de nuestra sociedad.

Éste último punto ha supuesto un avance realmente importante en este campo.

d) Por otra parte, recordar, en apoyo de esta tesis, que ya en el artículo 39 LDCV se establece que *el comisario está obligado a pedir la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante, menores o incapacitados*, redacción similar a la del art. 42 ley 3/1992.

4. Legítima y capacidad judicialmente limitada

4.1. Libertad de designar heredero

Una vez más, la pluralidad legislativa del País Vasco nos pone ante el dilema del juego de legítimas en el País Vasco y sus efectos en la situación sucesorio del hijo/a discapitado.

a) La primera afirmación es que, sin duda, les que la nueva vecindad civil de los padres vascos soluciona los problemas antes existentes en materia de pluralidad legislativa en la CAV. Las situaciones de transitoriedad pueden solventarse acudiendo hoy a la renovación testamentaria con arreglo a la nueva LDCV. Hoy es ya una realidad para todos la libertad de designación del hijo/a con capacidad judicialmente limitada, con apartamiento de los restantes hijo/as, sin perjuicio de las cautelas que el ejercicio de la libertad de testar les pueda indicar en función de la situación familiar en cada caso.

b) Está claro, por otra parte, que esta última designación con el apartamiento correspondiente excluye cualquier limitación de otro tipo.

c) ¿Es aplicable, en el ámbito del Derecho civil vasco, el derecho de habitación *ex lege* que establece el artículo 822 del Código Civil, a favor del legitimario con capacidad judicialmente limitada que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, salvo que el testador lo excluya o disponga otra cosa? En nuestra opinión, no es directamente aplicable. Otra cosa es que busquemos modos de hacerlo convivir con los derechos de habitación atribuidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. No se toca la troncalidad (el hijo/a será tronquero) y el derecho de habitación será intransmisible, lo que en ningún caso supondrá perjuicio para los restantes tronqueros. Entendemos, además, que este derecho de habitación no debe ser objeto de posible reembolso por parte de los demás tronqueros, a diferencia del que corresponda al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, que no tiene normalmente el carácter de pariente tronquero salvo en los bienes adquiridos conjuntamente con el fallecido.

4.2. Sustitución ejemplar

La cuestión fundamental que se plantea en el ámbito del Derecho civil vasco es la de saber si, como ha discutido la doctrina y ha sido objeto de diferentes decisiones jurisprudenciales y resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, la sustitución cuasipupilar o ejemplar del artículo 776 del Código civil, se refiere sólo a los bienes de los que los padres o ascendientes disponen a favor de los hijo/as con capacidad judicialmente limitada o a todos los bienes de su patrimonio, cualesquiera que sea su origen.

La posición que va ganando cada vez más adeptos es la de que la sustitución ejemplar ha de extenderse a todos los bienes, si bien la Sentencia de 6 de mayo de 1997 dictada por el Tribunal Supremo, así como la Resolución dictada por la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 6 de febrero de 2003, se muestran contrarias a ello.

En nuestra opinión:

a) El padre o madre o ascendiente podrá disponer de los bienes del hijo/a con capacidad judicialmente limitada, cualquiera que sea su origen, si quien por medio de una disposición directa o indirecta lo integró en el patrimonio de aquél nada ha dicho al respecto. De lo contrario, habrá que estar a las disposiciones establecidas por el instituyente.

b) ¿Quid, entonces, si existen varios ascendientes que establecen distintas sustituciones ejemplares sobre diferentes bienes? Es evidente que el criterio será buscar la compatibilidad entre ellas, con respeto a la troncalidad, si los bienes son de esta naturaleza, y, en los demás, buscar las proporciones entre los sustitutos.

Un buen criterio lo proporciona el Libro cuarto del Código Civil de Cataluña sobre Sucesiones, el cual podría ser objeto de regulación también en el ámbito del Derecho civil vasco.

Artículo 425-11. Concurrencia de sustituciones.

1. Si varios ascendientes sustituyen ejemplarmente al mismo descendiente, prevalece la sustitución dispuesta por el ascendiente muerto de grado más próximo. Si estos son del mismo grado, suceden en la misma herencia del incapaz todos los sustitutos ejemplares designados, en las cuotas que resulten de

aplicar a los ascendientes respectivos las normas del orden sucesorio intestado.

2. Los bienes procedentes de cada una de las herencias de los ascendientes que hayan ordenado la sustitución corresponden, en todo caso, al sustituto ejemplar respectivamente designado.

4.3. Sustitución fideicomisaria

No deja de ser una opción más para quien quiera disponer de sus bienes a favor de un hijo/a en esa situación (ex artículo 772 del Código Civil), con la salvedad de los bienes troncales, y dada la mayor libertad de testar hoy existente en la LDCV imponiendo esa sustitución fideicomisaria a favor de personas distintas del titular de la patria potestad y evitando actos de éste contra la persona con capacidad judicialmente modificada.

5. Pacto sucesorio

La sucesión contractual presenta hoy, desde el punto de vista de la doctrina de derecho civil común, un interés cada vez más creciente y una crítica cada vez más acertada en razón de su inadmisibilidad en términos generales por el Código Civil.

El Derecho civil vasco, sin embargo, lo tiene por uno de sus procedimientos clásicos de transmisión del patrimonio que, con el transcurso de los años, ha resultado ser un instrumento muy interesante para la transmisión de los patrimonios familiares de tipo diverso.

Ni qué decir tiene que el pacto sucesorio como instrumento al servicio de la constitución de un patrimonio del hijo/a o descendiente con capacidad judicialmente limitada tiene en la expresión amplia utilizada en los artículos 100 y ss. LDCV una serie de virtualidades que permiten, bien por vía directa, con disposiciones a favor del discapacitado, bien por vía indirecta, a través del pacto sucesorio con los hermanos, persona encargada o entidad para el cuidado de esa persona, lograr una adecuada atención para él, mediante las cláusulas que en cada caso se estimaren más oportunas según la situación familiar.

Aún nos falta mucha práctica en los pactos sucesorios, cuando no superar un rechazo a estas figuras, un día tradicionales

y hoy, con la adecuada renovación, totalmente utilizables por los operadores jurídicos.

.Un supuesto especial de la sucesión contractual es la de la donación, otro de los medios directos de atribución patrimonial al hijo/ con capacidad judicialmente limitada que requerirán del apartamiento de los no instituidos y que lógicamente no estará sujeta a colación de ninguna clase, al contrario de lo que ocurría con el Código civil, donde cualquier atribución directa de este tipo hoy en día no está sujeta a colación en cuanto se trate de gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijo/as o descendientes con discapacidad (artículo 1041.2 del Código civil).

Una última cita en el campo de la sucesión contractual, para hacer referencia al contrato de alimentos regulado *ex novo* en los artículos 1791 a 1797 del Código civil, y que en nuestra opinión no deja de ser una versión actualizada y aplicable en el ámbito del derecho civil vasco de la vieja donación con carga de alimentos.

7. Conclusiones

El somero repaso efectuado nos permite ya establecer una serie de conclusiones:

a) En materia de capacidad civil es muy beneficiosa la unificación sucesoria que se ha operado con la LDCV, por cuanto que la ampliación de la libertad de testar y la introducción de mecanismos como la libre elección de heredero, la sucesión contractual o la testamentifacción por comisario permiten a los padres o ascendientes configurar un *iter* patrimonial de la persona con capacidad judicialmente limitada más favorable a ésta.

No olvidemos la visión del tema que nos da el propio Vallet de Goytisolo al configurar las legítimas, en una formulación ya clásica entre nosotros no desde un punto de vista positivo (la porción de bienes o de herencia atribuida *ope legis* al heredero), sino negativo (la limitación que la ley impone a la libertad de disponer o testar que constituye la regla general).

Abundando en ese parecer consideramos que establecimiento de un sistema sucesorio de este tipo en el País Vasco no como una ruptura del sistema del Código Civil, sino como un regreso a las ideas que inspiran los derechos civiles

peninsulares y en nuestro caso, como una aproximación a un sistema jurídico que está en nuestra sociedad, que conocemos y que nos resulta operativa, cultural y socialmente nuestro, en función de la dualidad civil legislativa en la que hemos estado inmersos.

b) Caminamos hoy en un sentido diferente de la capacidad civil de las personas, que busca más favorecer su autonomía y completarla con los apoyos jurídicos correspondientes en la línea de la Convención de las Naciones Unidas.

c) Sería interesante promover en el derecho civil vasco la utilización de figuras como el testamento mancomunado, el testamento por comisario o los pactos sucesorios en sus diferentes variantes, ya que pueden ser técnicas muy interesantes en esa protección patrimonial del discapacitado. La figura del comisario, en especial, exige una consideración separada, para profundizar en su regulación de tal modo que, con las cautelas necesarias y evitando la inmovilización del patrimonio y cualquier perjuicio para el discapacitado, pueda ser un auténtico "paratutor" o "paracurador" del discapacitado heredero, legatario o donatario.

d) La limitación de la responsabilidad por las deudas de la herencia al valor de los bienes de la misma es otro factor importante a la hora de configurar ese sistema de apoyos a la autonomía de la persona y moldear el estatus de su capacidad judicialmente modificada.

En suma, se trata de utilizar los mecanismos competenciales de los que dispone la Comunidad Autónoma del País Vasco para que redunden en beneficio de los sectores con necesidades específicas de nuestra sociedad, demostrando, una vez más, que el derecho es una herramienta adecuada para el progreso de las sociedades.