

100

PREGUNTAS SOBRE DERECHOS DESPUÉS DE LOS CINCUENTA

FUNDACIÓN ÆQUITAS
ASOCIACIÓN UNITER DE EX EMPLEADOS DEL BBVA

100 PREGUNTAS SOBRE DERECHOS DESPUÉS DE LOS CINCUENTA

FUNDACIÓN ÆQUITAS
ASOCIACIÓN UNITER DE EX EMPLEADOS DEL BBVA

EQUIPO DE REDACCIÓN DEL TEXTO:

MANUEL RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Coordinador, notario de Vitoria y Director de la Sección Jurídica de la Fundación Æquitas.

TOMÁS CASTILLO ARENAL, Gerente de AMICA.

JORGE DÍAZ CARDÓNIGA, notario de Vera (Almería).

FRANCISCO GONZÁLEZ RUÍZ, abogado, colaborador de la Fundación Æquitas.

DAVID MENDOZA MORENO, abogado, defensor judicial.

VALERO SOLER MARTÍN-JABATO, notario de Torelló (Barcelona).

CARMEN VELASCO RAMÍREZ, notario de Bilbao.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

La Fundación Æquitas y la Asociación Uniter desean dejar constancia de su profundo agradecimiento a la revista **Plusesmas**.com por haberles autorizado la reedición del contenido de este folleto.

«No tenemos la solución a todos los problemas del mundo en nuestras manos. Pero frente a los problemas del mundo, tenemos nuestras manos»

MADRE TERESA DE CALCUTA

Queridos Amigos,

La Fundación Æquitas nace en 1999, en el seno del Consejo General del Notariado, para potenciar el desarrollo y efectividad de los derechos de las personas más vulnerables de la sociedad.

Æquitas es la respuesta del notariado a la situación de indefensión en que se encuentran los sectores más desfavorecidos de nuestra sociedad y en estos dieciséis años de trabajo lo hemos demostrado con hechos: hemos conseguido asentar una enorme plataforma solidaria integrada, no sólo por los tres mil notarios de España, sino por una gran cantidad de profesionales de distintos ámbitos, tanto del derecho como ajenos a él, de modo que estamos en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad en una materia tan importante para todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición e ideología, como es la defensa y protección de los derechos de las personas y, muy especialmente, de aquellas que se encuentran en una situación deficitaria en cuanto a asesoramiento y medios para su digna subsistencia.

Esta guía sencilla que hoy presentamos es fruto del trabajo de esta plataforma solidaria, por ello permítanme que dedique mi agradecimiento especial a todos los que de modo desinteresado han dedicado su tiempo a responder de forma sencilla estas 100 preguntas que todos, en algún u otro momento de nuestra vida con mayor o menor zozobra, nos hemos planteado. Gracias a Manuel, Valero, Jorge, Francisco, Tomás, David y Carmen, sin vuestro esfuerzo personal hubiera sido imposible.

Mi reconocimiento y agradecimiento también ha de dirigirse a la revista Plus es Más, que nos solicitó la elaboración de esta guía y ha permitido su publicación individual. Y fundamentalmente a la Asociación UNITER de Exempleados del BBVA, quienes, con su entusiasmo y dinamismo no dudaron en apoyar esta iniciativa que hoy pueden tener en sus manos.

Esta publicación esta dedicada de una manera especial a los adultos mayores, ¿a quienes en concreto? a quienes se encuentran en esa época de la vida privilegiada por la sabiduría que generalmente es fruto de la experiencia, porque «el tiempo es un gran maestro», y a quienes les surgen preguntas que a través de esta modesta publicación intentamos resolver.

Finalmente me despido expresando:

Un deseo, que les sea útil el uso de este instrumento que ponemos a disposición de la sociedad.

Mi gratitud, a todos los que han hecho posible esta realidad

Y con el convencimiento de que esta colaboración conjunta continuará en el tiempo pues así podremos cumplir el lema de nuestra fundación «Juntos, podemos hacer más» es la mejor forma de poner nuestras manos al servicio de la sociedad.

ALMUDENA CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Notario
Directora de la Fundación Æquitas

Estimado lector:

El texto que tienes en tus manos es el fruto de la colaboración entre la Fundación Æquitas del Consejo General del Notariado y la Asociación Uniter de Ex-Empleados del Grupo BBVA. Esta coincidencia de intereses entre organizaciones, que, en principio, parecen responder a objetivos aparentemente dispares, está más que justificada por el hecho de que a las dos nos interesa informar y defender los derechos de las personas que conforman el colectivo de la Tercera Edad.

En efecto, con la publicación del documento damos cumplimiento a alguno de los motivos por los que ambas organizaciones han conocido la luz: potenciar el desarrollo y efectividad de los derechos de los sectores más vulnerables de la sociedad necesitados, de especial protección, en este caso, los de la Tercera Edad; ofrecer a las personas de este segmento de población información suficiente para el normal desarrollo de su vida personal y familiar y, por último, ofrecer un asesoramiento puntual ante las situaciones personales y familiares que se presentan a estas alturas de nuestra vida.

No pretendemos con este trabajo ofrecer un desarrollo profundo de los temas que aquí se tratan. Buscamos sin embargo ofrecer una base mínima de explicación de los temas jurídicos que inexorablemente nos afectarán en esta etapa de nuestra vida. Por supuesto que su lectura no evitará, en la mayoría de los casos, el recurso a los profesionales del Derecho, pero sí nos ayudarán a iniciar el camino para solucionar las dudas que se nos puedan plantear en estos temas.

Pretendemos con ello, animar a la gente a afrontar las consecuencias de hechos, tanto ciertos como probables, con los que nos habremos de enfrentar, y tratarlos a la luz de las enormes posibilidades jurídicas que la ley nos ofrece actualmente.

Si con ello conseguimos estos propósitos, aunque sean modestos, nuestro esfuerzo habrá servido para algo

ALEJANDRO MAGRO MAS
Presidente de la Asociación Uniter
Madrid, marzo de 2016

ÍNDICE

1. FUTURA DISCAPACIDAD	7
2. CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS	10
3. ASISTENCIA	14
4. HIPOTECA INVERSA	17
5. CONTRATO DE ALIMENTOS	20
6. PENSIONES	21
7. HERENCIA Y TESTAMENTO	25
8. TESTAMENTO FAMILIAR	29
9. ATENCIÓN JURÍDICA A UN HIJO CON DISCAPACIDAD	32
10. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	37
11. VOLUNTADES ANTICIPADAS	43

1. FUTURA DISCAPACIDAD

1 ¿La discapacidad es una desgracia?

Si vemos la discapacidad como una desgracia, estaremos sin duda apostando por la infelicidad, y con ello perdemos la oportunidad de vivir, de disfrutar de las enormes riquezas que hay también en nuestro interior. La vida nos ofrece casi siempre nuevas oportunidades. ¡Aprovéchalas! ¡Disfrútalas!

2 ¿Es posible seguir descubriendo capacidades a pesar de cumplir años?

Sí. Se trata de descubrir capacidades siempre en cada edad. El ser humano no envejece, como persona, puede madurar siempre.

Es preciso encontrar un nuevo término a este proceso, mal denominado de «envejecimiento». Nuestra vida evoluciona en un devenir de adquisición y pérdida de capacidades. La pérdida de algunas habilidades puede ir acompañada de la adquisición de otras cualidades. De nuestra actitud ante estos cambios que se dan en nuestra vida dependerá la capacidad de disfrutar cada momento, de encontrar el sentido de cada etapa y de sentirnos útiles siempre. Depende de cada uno de nosotros, depende de ti.



3 ¿La discapacidad puede presentarse en cualquier etapa de la vida?

La discapacidad está presente desde la infancia (1,6%), en la juventud, en la edad adulta (40,5%) y en la ancianidad (57,9%).

La discapacidad se manifiesta mayoritariamente en las personas de edad. Casi el 58% de las 3,8 millones de personas con discapacidad son mayores (INE 2008).

4 ¿Es acertado vincular mayores y situación de dependencia?

La situación de dependencia es consecuencia de la discapacidad o de la enfermedad, que hace precisar apoyos de otra persona (o de productos de apoyo) para realizar las actividades básicas de la vida diaria. La inmensa mayoría de las personas de edad tiene autonomía. De los más 8 millones de personas de edad, solo algo más de 900.000 tienen alguna situación de dependencia.

5 ¿Las personas mayores con discapacidad son diferentes?

No. Si tratamos de forma distinta a una persona mayor con discapacidad, estamos estableciendo una barrera entre ella y el resto. La convertimos en diferente a los ojos de mucha gente. Creamos con ello una dificultad añadida para su participación en comunidad con una vida plena. Aprendamos a convivir con la discapacidad con naturalidad, como parte de la diversidad humana. Está en nuestras manos eliminar las barreras, comenzando por entablar un trato normal. Es muy fácil; lo comprobarás intentándolo.

6 ¿Hay que decidir por las personas cuando se avanza en la edad y sobreviene una discapacidad?

El hecho de que aparezca la discapacidad en un persona nos nos otorga el derecho a decidir por ella, como si volviera a vivir una minoría de edad. Es un ser cargado de derechos: a decidir, a equivocarse, a aprender cómo dirigir su propia existencia... Evita la sobreprotección que frena el crecimiento personal.

7 ¿Cómo podemos afrontar el paso de los años?

Necesitamos un cambio de mentalidad para afrontar el paso de los años de forma saludable. Todos los estudios demuestran que la actividad permite vivir más tiempo, con mayor calidad de vida y que las situaciones de dependencia aparecen más tarde y son menos graves. Hoy sabemos que el grado de salud puede depender en gran medida de nosotros, de nuestros hábitos. Nuestro futuro se escribe con el estilo de vida que nos propongamos y cómo lo realicemos.

También los jóvenes necesitan aprender que la salud no es un regalo que nos da la vida, sino el resultado de cuidarnos, de alimentarnos equilibradamente, de hacer ejercicio tan habitual como dormir.



8 ¿Qué debemos hacer para llevar una vida activa?

La vida activa supone básicamente:

- Realizar ejercicio físico diario.
- Ejercitar una actividad intelectual constante (lectura, escritura, ejercicio de memoria...).
- Mantener las amistades, las relaciones personales y afectivas.
- Dedicar tiempo a las aficiones.
- Participar de actividades lúdicas y culturales.
- Involucrarse en la vida social (asociaciones, clubes, actividad comunitaria, etc.).
- Contribuir al bienestar de los demás.

9 ¿Se puede disfrutar cuando nos hacemos mayores?

Sí. Lo importante es aprender a disfrutar de cada etapa de la vida, sacándole partido a lo que nos ofrece.

Los mayores son un sector de población muy importante. La quinta parte de la población tiene ya más de 65 años.

Vivimos muy poco tiempo para lograr entender las claves de nuestra existencia. Nuestra vida dura solo un momento en la historia de la humanidad, un instante en el devenir del universo. Solo encadenando la experiencia propia con la de quienes nos anteceden logramos cierta sabiduría.

Nunca se había conocido generaciones de personas de edad con tanta experiencia y con tanta salud. Nuestros mayores son necesarios, útiles, y sus valores muy actuales.

10 ¿Los jóvenes son el futuro?

Sí, pero no hay futuro sin las personas de edad. Es en gran medida gracias a ellas, a su trabajo y saber hacer por lo que hemos llegado al bienestar que disfrutamos.

Son generaciones que supieron salir de un conflicto fratricida, compartir la pobreza en épocas de absoluta carencia, reconciliarse para lograr la convivencia, aprendiendo que el otro, por ser diferente, no se convierte en enemigo.

Los jóvenes necesitan saber que para llegar hasta aquí ha sido necesario poner en práctica valores como el esfuerzo, la capacidad de sacrificio, el compartir lo poco que se tiene, el respeto a los demás, la honradez... Sin valores no se puede construir una sociedad, no hay convivencia, ni respeto a la reglas, búsqueda colectiva por el bien común. Solo hay individualismo, el sálvese quien pueda...

Necesitamos aprender de nuestros mayores cómo han hecho tanto con tan pocos medios, cómo salieron de una gran pobreza, cómo alcanzaron acuerdos de convivencia, consensos, donde antes solo hubo enfrentamiento...

Hay que crear un modelo de participación social que no esté basado principalmente en el mercado laboral, sino en la satisfacción por contribuir al bienestar común.

Pongamos imaginación, creatividad, sobre un fenómeno como el avance en la edad que es sencillamente natural.

Fomentar las relaciones intergeneracionales es la base para describir juntos las claves de la aventura de vivir.

2. CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS

11 ¿Dónde y quién puede iniciar el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar de una persona?

Desde 2009, el antiguo Procedimiento de Incapacitación se denomina Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar.

Este procedimiento judicial debe iniciarse ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona a la que se pretende « modificar » la capacidad.

Cuando se quiere modificar la capacidad de una persona mayor de edad, lo puede solicitar la propia persona, su cónyuge o pareja de hecho, los hijos y nietos, los padres y abuelos, o los hermanos de la persona. El fiscal también puede iniciarlo si los familiares no lo hacen.

12 ¿Cómo es el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar?

El procedimiento se inicia mediante abogado y procurador, que interponen la demanda ante el juzgado competente. También puede comunicarse la situación de la persona al Ministerio Fiscal, que, tras investigar el caso, podrá presentar la demanda. La demanda se acompaña de unos documentos: certificado literal de nacimiento, informes médicos, certificado de discapacidad, informe social y cualquier otro que pueda resultar relevante para el caso.

Una vez interpuesta la demanda, y admitida a trámite, se notifica a la persona para que tenga la oportunidad de oponerse a la misma. Si no lo hace, el fiscal la defenderá, o se le nombrará un defensor judicial.

Se practicarán las pruebas fundamentales: audiencia de los parientes más próximos; exploración de la persona por el médico forense; examen de la persona por el juez o la jueza; valoración de los documentos presentados.

13 ¿A qué personas se les puede modificar la capacidad?

A aquellas con una deficiencia o enfermedad persistente, de carácter físico o psíquico, que les impida gobernarse por sí mismas. No basta con tener esa enfermedad o deficiencia, debe impedirle la toma de decisiones importantes en su vida.

Además, hay que conseguir que con el procedimiento mejore la situación de la persona, es decir, iniciarlo tan solo cuando suponga un beneficio efectivo para ella.

14 ¿Es lo mismo la incapacitación que el certificado de discapacidad?

Sólo se puede modificar la capacidad de obrar de una persona por sentencia judicial. El certificado de discapacidad es un trámite administrativo, que concede unos beneficios sociales, fiscales y administrativos, pero no modifica la capacidad de la persona.

15 ¿Qué alcance tiene la sentencia judicial de modificación de la capacidad?

El juez o jueza, finalizado el procedimiento judicial, dictará sentencia. Si considera que la persona no puede valerse por sí misma, en la sentencia determinará la extensión y límites de la capacidad modificada, y establecerá el régimen de guarda al que la persona queda sometida.

Se declarará la incapacitación total si la persona no puede cuidar de sí misma ni administrar sus bienes.

La sentencia declarará la incapacitación parcial si se aprecia que la persona puede realizar algunos actos por sí solo y adoptar decisiones sobre su persona; pero, para actos más complejos o importantes, necesitará un representante (tutor/a patrimonial) o un asistente (curador/a).

En definitiva, la sentencia debe adecuarse a la protección y apoyos que la persona necesita.



16 ¿La sentencia de incapacitación o modificación de la capacidad es inamovible?

No, la sentencia es revisable en todo momento, pudiendo la propia persona o su representante legal (tutor/a) o asistente (curador/a) iniciar un nuevo proceso para dejar sin efecto la sentencia y recuperar la plena capacidad o para modificar el alcance de la sentencia dictada.

Además, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, obliga a que los apoyos que se establezcan sean temporales y revisables periódicamente.

17 ¿La sentencia de incapacitación o modificación de la capacidad supone automáticamente el ingreso involuntario de la persona en un centro residencial?

No. De forma automática, nunca. El ingreso involuntario o forzoso de una persona se puede solicitar sin que esté incapacitada judicialmente. Y, si está incapacitada, quien ejerza su guarda (padre o madre con patria potestad, tutor o curador) debe solicitar del juez o de la jueza la necesaria autorización para su ingreso.

18 ¿Quién puede ser tutor/a o curador/a de una persona?

Toda persona física, con capacidad de obrar, y que esté en pleno uso de sus derechos civiles. También pueden serlo las personas jurídicas (fundaciones o asociaciones) que no tengan ánimo de lucro y entre cuyos fines figure la protección de las personas incapacitadas.

Para el nombramiento de tutor/a o curador/a se preferirá:

- La persona designada por el tutelado en el documento de la Autotutela.
- El cónyuge.
- Los padres.
- La persona designada por los padres en su testamento.
- El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Este orden se puede variar en beneficio de la persona. También se podrá nombrar a una persona jurídica (normalmente una fundación tutelar o de apoyo) cuando no existan familiares u otras personas idóneas y dispuestas a asumir el cargo, se inhiban o no sean adecuados.

19 ¿Es obligatorio el cargo de tutor/a o curador/a?

Una vez que el juzgado nombra un tutor/a o curador/a, existe la obligación de ejercer las funciones que le están encomendadas. Sin embargo, se puede excusar del cargo por razones de edad, enfermedad, ocupaciones profesionales, etc., que el juez o jueza deberá valorar.

Las personas jurídicas solo podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño del cargo.

20 ¿Cuáles son las obligaciones del tutor/a?

El tutor/a está obligado a procurar alimentos a la persona tutelada, a ofrecerle una educación o formación integral, a promover la recuperación de su capacidad y a informar anualmente al juzgado sobre la situación personal del tutelado y a rendir cuenta anual de la administración de su patrimonio.

No está obligado a que conviva en el domicilio del tutor; tiene que procurarle un lugar adecuado para vivir, alimentos, ropa, etc., con los medios económicos de que disponga el tutelado.

3. ASISTENCIA

21 Me preocupa que con la edad vaya perdiendo mi capacidad mental y me encuentre en una situación en la que no pueda decidir por mí mismo ¿Qué puedo hacer ahora desde el punto de vista jurídico para asegurar mi bienestar?

El ordenamiento jurídico español nos ofrece los poderes preventivos. Cualquier persona, mientras tenga capacidad, puede decidir en un documento notarial quién y cómo lo representará en el caso de que, por cualquier circunstancia, en el futuro perdiera capacidad y no pudiera tomar decisiones sobre sus cuestiones personales o patrimoniales .

22 El poder general que he otorgado a mis hijos y a mi marido para que se ocupen de mis asuntos, ¿sirve para el caso de que yo pierda la capacidad de decidir por mi misma?

No. Ese poder no es suficiente. El poder general habitual está dado para que los hijos o el marido, u otra persona en tu caso, lo usen mientras tengas capacidad. Y la razón es que pueda haber actos o negocios que prefieras no hacerlos personalmente, sino dar el encargo a alguien de tu confianza. Así, el poder general te permite encargarles, por ejemplo, que vayan al banco a sacar dinero o vender tus acciones. Pero, si dejas de tener confianza en esas personas, puedes revocar el poder. Este se extinguiría y ya no podrían usarlo.

El poder preventivo es una clase distinta de poder. Se usa solo en caso de que alguien haya perdido la capacidad de decidir por sí mismo. En este poder se dice expresamente que se use mientras la persona en cuestión tenga plena capacidad y subsista aunque la haya perdido. Este poder se puede revocar mientras se tenga capacidad, pero no después, lo cual supone que en los poderes preventivos debemos observar cautelas específicas.

23 ¿Qué debo hacer si quiero que mi marido o mis hijos me representen mientras estoy con capacidad y también cuando la haya perdido o visto disminuida?

Lo más recomendable es que acudas a un notario para que te asesore sobre este caso. El notario te va a preguntar si tu deseo es que las mismas personas que tienen tu confianza para representarte ahora serían las que quieres que te representen cuando no puedas comunicar tu voluntad ni tomar decisiones. En caso de que así sea, firmarías un documento de poder preventivo en el que dirías cuáles son las fa-

cultades que confieres a la persona o personas de tu confianza, si quieres que actúen conjuntamente o por separado y, lo más importante, que es tu voluntad que subsista el poder incluso en el caso de que pierdas tu capacidad .

Además de las facultades generales, que son el contenido habitual de un poder amplio entre esposos, se podrían incluir instrucciones acerca de tu esfera personal (residencia, cuidados personales, misas, cuidados médicos...) y patrimonial para el caso de pérdida de capacidad.

24 En el caso de personas que no quieren que nadie las represente, porque ellas gestionan personalmente sus asuntos, o de personas que no tienen familia, ¿qué pueden hacer en el supuesto de que pierdan la capacidad?

También las personas que no quieren un apoderado mientras ellas puedan decidir pueden otorgar un poder para ese caso. Este es otro tipo de poder preventivo. Solo se usará cuando se acredite que la persona ha perdido su capacidad. En el momento de otorgar estos poderes, se indicará con claridad en el documento que la falta de capacidad del poderdante (persona que da poder o facultades a otra para que la represente en juicio o fuera de él) es una condición para el uso del poder. Este aspecto se podrá acreditar, por ejemplo, mediante la exhibición de dos certificados de facultativos médicos, o por el certificado médico junto con el juicio de capacidad del propio notario.

25 ¿En el poder preventivo se puede dar cualquier instrucción sobre la persona o sus bienes?

Estos poderes preventivos son el documento adecuado para que la persona pueda detallar las instrucciones en relación con el cuidado de su persona, costumbres o hábitos, el lugar en el que quiere residir si no pudiera hacerlo en su casa, el uso diario de su dinero, ordenar la venta o alquiler de sus bienes, y el destino de sus rentas; es decir, cualesquier facultad que se estimase conveniente dar al apoderado para la seguridad y cuidado del poderdante.

No obstante, estas instrucciones se referirán únicamente a la administración y/o disposición de los bienes durante la vida del poderdante. El poder queda sin efecto cuando el poderdante muere; entonces, la administración y/o disposición de sus bienes se regirá por su voluntad manifestada en el testamento. Aquí no es posible la representación.

26 Se oyen casos de mal uso del patrimonio de las personas mayores cuando no se pueden valer por sí mismas y han delegado en otros ¿Existe alguna manera de controlar que los bienes son usados solo para los fines que ordenó la persona que ha perdido la capacidad?

Efectivamente, en estos poderes preventivos se presentan riesgos que requieren adoptar cautelas. Cuando el apoderado use el poder, el poderdante no tendrá capacidad para comprobar si se ha usado de acuerdo con sus instrucciones y, por lo tanto, en caso de que así sea, no podrá revocarlo. Se recomienda establecer un órgano de vigilancia o control sobre los actos del apoderado, debiendo rendir este cuentas de su actuación.

27 ¿Qué medidas puede adoptar esa persona a la que se encargue la vigilancia en caso de que el apoderado no respete las instrucciones dadas en el poder preventivo?

El órgano de vigilancia designado por el poderdante, así como cualquier persona que tuviese conocimiento del mal uso del poder, podrían ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial para que declarase extinguido el poder. También podría solicitar el nombramiento de un tutor.

28 En caso de que una persona sea incapacitada judicialmente y se le nombre tutor, ¿el poder que hubiese otorgado a favor de una persona distinta del tutor se extinguiría?

No. Solo en el caso de que el juez/a lo apreciara como necesario para la tutela de los intereses de la persona. En otro caso, subsistiría. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un empresario que hubiese otorgado un poder preventivo solo para que una persona con conocimientos de su empresa pudiera seguir ejercitando los derechos de socio que le corresponden, aunque hubiese aquel devenido incapaz de hacerlo personalmente. Este tipo de poder no es obstáculo en la tutela que pudiese ordenar en su caso el juez.

29 ¿Existe alguna solución en el derecho que permita tomar decisiones en el ámbito personal o patrimonial de una persona que ha perdido su capacidad sin haber otorgado un poder preventivo, o la única solución es solicitar la incapacitación judicial para nombrar un tutor?

En el código civil se regula una figura llamada «guarda de hecho», que permite que una persona sea el representante de hecho de otra, aunque no haya existido ningún nombramiento oficial ni pueda acreditar el encargo. Para resolver el inconveniente de que el guardador de hecho no puede acreditar su nombramiento, los notarios recomendamos que el guardador de hecho otorgue un documento notarial en el que se ordene y explique su actuación y se informe a la autoridad judicial .

La guarda de hecho es la situación en la que se encuentran la mayor parte de las personas incapaces en España, pues son sus familiares más cercanos quienes los cuidan y toman las mejores decisiones en su nombre, si bien careciendo de documento que acredite la autorización del incapaz. Es conveniente la regularización de estas situaciones a través de los correspondientes documentos notariales .

30 ¿Quién nos asesora en cada caso?

Es aconsejable acudir a la notaria para una entrevista con el notario, a fin de buscar la fórmula más adecuada a cada persona y su situación personal, familiar y patrimonial.

4. HIPOTECA INVERSA

31 ¿Qué es la «hipoteca inversa»?

Es una figura en la cual una persona recibe una cantidad de dinero (como préstamo) y garantiza la devolución con el «aval» (más técnicamente, «la garantía») de la vivienda habitual, que, por tanto, queda hipotecada. La particularidad es que esa cantidad de dinero no tiene que devolverla el que la ha recibido, sino que cuando fallece son los herederos los que deciden si reponen al banco el dinero con sus intereses y, por consiguiente, cancelan la hipoteca, o bien solo responden del préstamo con lo heredado.

Ese dinero puede recibirse en su totalidad de una sola vez (llamada «de pago único») o bien mediante ingresos que hace el banco mensualmente en la cuenta (ya sea durante toda la vida o por un período de tiempo).

32 ¿Qué ventajas tiene?

La persona mayor (o el matrimonio), al contratarla, dispone de una cantidad de dinero con la que mejorar su calidad de vida; además, tiene la ventaja de que continúa viviendo en su casa, ya que conserva su propiedad. Asimismo, ese dinero únicamente tiene que devolverse cuando fallezca la persona mayor o, en el caso de ser más de uno, cuando muera el último. A la muerte de este, los herederos deciden si restituir el préstamo con sus intereses. En caso de que no quieran hacerlo, el banco solo podrá reclamar hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

En resumen, se dispone de dinero, pero se continúa viviendo en la casa, pues la propiedad no es del banco, sino del que ha recibido el dinero.

33 ¿Qué gastos conlleva hacer la hipoteca inversa?

El banco cobra normalmente una comisión de apertura, cuyo importe varía según la entidad; además, si el dinero lo va entregando mes a mes de forma vitalicia, suele exigir un seguro para la operación, cuyo coste normalmente es elevado. También hay que hacer frente a los honorarios del notario y del registrador, aunque estos están muy reducidos por ley. Asimismo, hay que pagar la tasación de la vivienda, que es obligatoria, así como los gastos de la gestoría, pero, a diferencia de los anteriores, ninguno de estos gastos tienen límite legal.

No se pagan impuestos a la Comunidad Autónoma si quien hipoteca la casa y recibe el dinero es mayor de 65 años o está afectado por una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, y siempre y cuando la casa que se da como «aval» sea la vivienda habitual.

34 ¿Cuántos intereses se deberán al banco?

Hay que distinguir si se recibe la cantidad total de una sola vez (pago único) o bien mediante ingresos mensuales. En el primer caso, es decir, cuando el banco abona la cantidad total a la firma del contrato, ese dinero que se va a recibir suele ser de escasa cuantía en comparación con el valor de la vivienda (menos del 30%) y, además, los intereses que se producen serán muy elevados. ¿Por qué esto es así? Pongamos, por ejemplo, que el banco entrega 50.000 €. Este dinero genera para el banco intereses cada año; imaginemos el 5% de ese importe, o sea, 2.500 € el primer año, con lo cual ese primer año lo que se deberá son 52.500 €. Para el segundo año, se generará de nuevo el interés del 5%, pero no de los 50.000 € iniciales, sino del dinero recibido y lo que se va sumando por los intereses anteriores; es decir, en este ejemplo, el 5% de esos 52.500 €; por tanto 2.625 € más, con lo cual en el segundo año se deberían 55.125 €, y así sucesivamente se van acumulando los intereses.

Ahora bien, si el dinero recibido es abonado mensualmente por el banco, los intereses solo se producen de lo que se va recibiendo. También en este caso se suman los intereses que se vayan generando, pero ese importe será durante los primeros años de poca cuantía.



35 ¿Puedo vender la vivienda?

Sí puede venderse, pero hay que devolver al banco antes de la venta el dinero que se ha recibido y los intereses, cantidades que normalmente serán pagadas con el dinero que el que adquiere la vivienda entrega por la compra.

Podemos pensar, por tanto, que en realidad los únicos perjudicados por la hipoteca inversa serían los herederos, ya que los que reciben el dinero disfrutan del mismo y no tienen que devolverlo, pero lo cierto es que, en el supuesto de pago único, si se produce alguna necesidad repentina (imaginemos costosos gastos médicos o de atención en el domicilio) y se quiere vender la vivienda, el dinero que se deberá se habrá incrementado considerablemente. En el ejemplo anterior, para una cantidad recibida de 50.000 € a un tipo del 5%, al cabo de 15 años se debería prácticamente el doble, o sea, 100.000 €.

36 ¿Es interesante la hipoteca inversa?

Personalmente no soy partidario de las hipotecas inversas cuando lo que se recibe es la cantidad total de una sola vez (pago único), puesto que, aunque se recibe un dinero para mejorar la calidad de vida y se conserva la propiedad de la casa, normalmente no se necesitará esa cantidad total inicialmente y el dinero recibido será de poca cuantía en relación con el valor de la vivienda. Por eso, si se precisa una elevada suma inicialmente, será mejor vender la vivienda y alquilar otra. Si se insiste en hacer una hipoteca inversa, es recomendable la modalidad en que se recibe el dinero de forma mensual.

Consejo: es conveniente pedir al banco que entregue por escrito una tabla en la que aparezca lo que se va debiendo cada año y, además, solicitar opinión a un experto. Puede acudir a uno de los aproximadamente 3.000 notarios que hay en España para que explique a la persona interesada lo que no comprenda. El notario lo hará de forma gratuita, pero hay que hacerlo antes de tomar la decisión no dejarlo para el último día.

5. CONTRATO DE ALIMENTOS

37 ¿Qué es el «contrato de alimentos»?

Mediante este contrato una persona, a cambio de recibir un capital, ya sea en dinero o en bienes, queda obligado a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona (o varias, normalmente un matrimonio) durante su vida. El supuesto típico es la entrega de la propiedad de la vivienda a cambio de costear los gastos de manutención, vivienda o cualquier otro tipo (incluso medicinas). Lo habitual es hacerlo con una persona de total y absoluta confianza y con la que se tenga una relación de afectividad, normalmente un familiar, pues no solo es un contrato para atender necesidades económicas, sino también para que entregue cariño y amistad.

38 ¿Qué precauciones hay que tomar antes de firmar un contrato de alimentos?

Además de hacerlo con una persona de confianza, también hay que tomar alguna precaución por si la persona elegida no cumple en su día su compromiso o bien fallece antes y no se tiene la misma confianza con sus herederos. Lo mejor es poner en el contrato una cláusula por la cual si la persona que asume la obligación no cumple, perderá la propiedad de lo entregado; es lo que se llama «condición resolutoria». Ahora bien, hay que tener presente que, en caso de incumplimiento, la devolución de lo entregado no será automática, sino que tendrá que decidirlo un juez/a, por lo cual se necesitará un abogado; además, hay que contar con que el proceso judicial normalmente será lento, por lo que tardará en recuperarse lo entregado. Si lo que se le da a la persona que se obliga a la manutención no es una vivienda, sino una cantidad de dinero, hay que considerar el pedirle un aval para que garantice que devolverá lo recibido si no cumple.

Desaconsejamos la entrega de la vivienda a una residencia o centro de mayores, puesto que, sin dudar de la buena fe de quienes las dirigen, hay que pensar qué pasará si esa residencia o centro de mayores cierra. El afectado se verá en la calle y sin vivienda, o bien, si no le satisfacen los cuidados y atenciones, tendrá que recuperar la propiedad. Eso será un proceso lento y complejo, con lo cual no tendrá bienes que vender para hacerse cargo de sus necesidades.

39 ¿Qué debo hacer si decido firmar un contrato de alimentos?

Antes de firmar nada, acude a un profesional que te explique lo que no comprendas, te advierta de los riesgos y te indique las garantías y precauciones que has de adoptar. Puedes acudir a un notario, que asesorará de forma gratuita, pero sin la persona con la que quieres hacer el contrato, para que tengas total libertad de preguntar lo que desees.

Hay que tener en cuenta que, una vez firmado el contrato, si lo que se ha entregado es la vivienda, su propiedad, pasará inmediatamente a manos de la persona que, por otra parte, va a asumir esas importantes obligaciones durante toda la vida de quien le ha dado su vivienda.

40 ¿Qué costes tiene el contrato de alimentos?

Si lo que se entrega es la vivienda habitual, no hay que pagar IRPF, pero, si es otro inmueble distinto —por ejemplo, un local—, hay que pagar por la ganancia patrimonial (aproximadamente el 21% de la diferencia entre lo que costó y el valor del local cuando se firme el contrato). También hay que pagar el impuesto de plusvalía municipal al ayuntamiento y otro impuesto que cobra la Comunidad Autónoma por la manutención que se recibirá y que serán aproximadamente unos 500 €, a abonar el mes siguiente a la firma. Además, si en el contrato se pone la cláusula que aconsejamos para recuperar el bien (la condición resolutoria), hay que abonar un impuesto autonómico que, aunque varía según la Comunidad, suele ser el 1,5% del valor de la propiedad que se entrega. Asimismo, hay que hacer frente a gastos de notaría, registro y, según el caso, abogado y gestoría, que normalmente los abonará el que va a costear la manutención, quien además tendrá que pagar el impuesto autonómico, que oscila según la Comunidad (desde el 7% en algunas comunidades, como Madrid, hasta el 10% en otras, como Cataluña).

En todo caso, antes de formalizar el contrato es recomendable acudir a un asesor o preguntar cualquier duda a un notario, que, como ya hemos señalado antes, responderá sin coste alguno.

6. PENSIONES

41 ¿Cuántos tipos de pensiones públicas existen actualmente en España?

Dentro de la Seguridad Social, existen las pensiones contributivas y las no contributivas (por invalidez o jubilación). Las contributivas más importantes son las de incapacidad, jubilación, y las de viudedad, orfandad y a favor de familiares.

Existen también «prestaciones», pero que no son «pensiones» y que no son vitalicias, como las de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o lactancia natural, maternidad, paternidad, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, prestación temporal de viudedad, económica por hijo o menor acogido a cargo, por nacimiento/adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad, prestación económica por parto o adopción múltiples, subsidio a favor de familiares, entre otras.

42 ¿Existe incremento para las pensiones de las mujeres con dos o más hijos?

El Consejo de Ministros aprobó que, a partir de enero de 2016, se aplique un complemento aplicable a favor de las pensiones de las mujeres por jubilación, incapacidad, y viudedad, cuya cuantía equivaldría al resultado de aplicar a la pensión inicialmente calculada un porcentaje determinado de acuerdo con la siguiente escala: • Por haber tenido dos hijos: 5%

- Por haber tenido tres: 10%
- Por haber tenido cuatro o más: 15%

43 Actualmente en España, ¿cuántas modalidades de jubilación contributiva existen?

Además de la conocida por jubilación «ordinaria», también existen las siguientes modalidades de jubilación:

- anticipada por razón del grupo o actividad profesional
- anticipada de trabajadores con discapacidad (del 45% o 65%)
- anticipada por tener la condición de mutualista
- anticipada sin tener la condición de mutualista
- anticipada derivada del cese no voluntario en el trabajo
- anticipada por voluntad del trabajador
- flexible
- parcial
- especial a los 64 años
- anticipadas desde el 1-1-2004, por expediente de regulación de empleo (ERE).

44 ¿La jubilación implica necesariamente no poder seguir trabajando?

Es cierto que, generalmente, la realización de cualquier trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social es incompatible, pero existen salvedades y excepciones, aunque en los términos que se determinan legalmente. Estos son, en síntesis, los siguientes:

- › Los trabajos por cuenta propia, pero por los que se perciban unos ingresos anuales que no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual.
- › La actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados.
- › La jubilación parcial y la flexible. Ahora bien, en los trabajos por cuenta ajena o propia del pensionista que haya accedido a la pensión a la edad ordinaria de jubilación y la cuantía se haya calculado aplicando el porcentaje del 100% a la base reguladora, la pensión compatible con el trabajo quedará reducida en el 50% de su importe.

En todo caso, debe advertirse que el pensionista está obligado, antes de iniciar las actividades, a comunicar tal circunstancia a la entidad gestora respectiva por medio del formulario oficial que existe en las oficinas del INSS.

45 Si se ha cotizado en varios regímenes de la Seguridad Social, ¿puede cobrarse una pensión de jubilación de ambos?

Se puede tener derecho a pensión de jubilación en varios regímenes de la Seguridad Social si se reúnen los requisitos exigidos en cada uno de ellos. En el caso de acceder a la pensión desde la situación de no alta, es necesario que las cotizaciones acreditadas en cada régimen se superpongan, al menos, 15 años.

Si en ninguno de ellos se acreditan los requisitos necesarios, se resolverá en el régimen en que el interesado acredite mayor número de cotizaciones, previa totalización de todas las que acredite el interesado.

46 ¿Es compatible la pensión de incapacidad permanente con la jubilación?

En general, es incompatible con la pensión de jubilación del mismo régimen y, por consiguiente, debe optarse por una de ellas. Ahora bien, la pensión de incapacidad permanente puede ser compatible con una pensión de jubilación de otro régimen distinto, excepto que, para acreditar el derecho o para el perfeccionamiento del mismo, se tenga que acudir al régimen que reconozca la jubilación (situación de alta o asimilada, acreditación de la carencia, importe de la base reguladora), en cuyo caso hay que optar por una de ellas.

No obstante, si las cotizaciones del régimen por el que se reconoce la jubilación sirvieron únicamente para cuantificar el importe de la incapacidad permanente, pudiendo prescindirse de ellas para generar el derecho, es posible el reconocimiento de dos pensiones compatibles entre sí, calculando cada una de ellas con las cotizaciones de cada uno de los regímenes. Para ello sería necesario recalcular la pensión de incapacidad, sin tener en cuenta las cotizaciones del régimen que reconoce la jubilación.

En todo caso, las pensiones de incapacidad permanente pasan a denominarse «pensiones de jubilación», cuando sus beneficiarios cumplen 65 años.

Cuando el motivo de la incapacidad sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional y se haya determinado la responsabilidad empresarial, la prestación económica tendrá un aumento/ recargo, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%.

47 Si soy pensionista por incapacidad permanente, ¿significa que ya no puedo trabajar más?

En general, con la normativa en vigor en España, resulta que la incapacidad permanente parcial es compatible con cualquier trabajo, incluido el que viniera desarrollando; la incapacidad permanente total es compatible con cualquier trabajo, excluido el que ha motivado la declaración de incapacidad (profesión habitual). Sin embargo, el complemento del 20% de incapacidad permanente total cualificada sí es incompatible con cualquier trabajo (mayores de 55 años, declarados en situación de incapacidad permanente total, cuando se presuma, por la edad, falta de preparación general o especializada y por las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, que tienen dificultad para obtener un empleo en actividad distinta de la habitual). La incapacidad permanente absoluta y gran invalidez sí permiten realizar actividades compatibles con el estado del beneficiario. En todo caso, a partir de la edad de acceso a la jubilación, es incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena.

En todos los casos, si se realizan trabajos susceptibles de inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, existe obligación de cursar el alta y cotizar, debiendo comunicarlo previamente a la entidad gestora en el formulario oficial.

48 ¿Una persona con discapacidad o declarada incapaz o con capacidad judicialmente modificada puede tener derecho a una pensión sin haber cotizado nunca?

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social reconoció en su Disposición Adicional Novena que, a los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65% aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces. Esto significa que podrían ser beneficiarias de una pensión no contributiva por invalidez.

Gracias al convenio especial para personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral, se permite que puedan tener en el futuro derecho a pensiones y acción protectora por jubilación y muerte y supervivencia, siempre que aquellas estén afectadas por un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, para las personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, o al 65%, para las personas con discapacidad física o sensorial, y que no figuren en alta o en situación asimilada a la de alta en ningún régimen del Sistema de la Seguridad Social, ni en cualquier otro régimen público de protección social. En todo caso, deben estar inscritos en los servicios públicos de empleo como demandantes de empleo y no haber estado ocupados por un período mínimo de seis meses, inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial.

49 ¿De qué depende la edad ordinaria de jubilación?

Actualmente, existe una «regla general» según la cual, a partir de 1-1-2013, la edad de acceso a la pensión de jubilación depende de la edad del interesado y de las cotizaciones acumuladas a lo largo de su vida laboral, requiriendo haber cumplido la edad de 67 años o 65 cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. Este requisito será exigible, en todo caso, cuando se acceda a la pensión sin estar en alta o en situación asimilada a la de alta.

Estas edades de jubilación y el período de cotización se aplicarán de forma gradual, según el año de jubilación y el periodo de cotización. Para el año 2015 es de 65 años (35 años y 9 meses o más cotizados) y 65 años y tres meses los demás, incrementándose hasta el año 2027: 65 años (38 años y seis meses o más cotizados) y 67 años los demás.

50 ¿Existen excepciones a esta regla general?

Sí. En resumen, se mantiene la edad de 65 años para quienes resulte de aplicación la legislación anterior a 1-1-2013, de conformidad con lo establecido en la disposición final 12.2. de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. La edad mínima puede ser rebajada o anticipada solamente para trabajadores en alta o en situación asimilada a la de alta, en determinados supuestos especiales, que son los siguientes:

- Jubilación anticipada a partir de los 60 años por tener la condición de mutualista.
- Jubilación anticipada a partir de los 61 años sin tener la condición de mutualista.
- Jubilación de trabajadores afectados por una discapacidad igual o superior al 45% o al 65%.

- Jubilación parcial.
- Jubilación flexible.
- Jubilación especial a los 64 años, para quienes resulte de aplicación la legislación anterior a 1-1-2013, de conformidad con lo establecido en la disposición final 12.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.
- Jubilación del personal del Estatuto Minero, personal de vuelo de trabajos aéreos, ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos y miembros del cuerpo de la Ertzaintza. En ningún caso, la aplicación de los coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a 52 años; esta limitación no afectará a los trabajadores de los regímenes especiales (de la Minería del Carbón y Trabajadores del Mar) que, el 1-1-2008, tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, a los que se aplicará la normativa anterior.

7. HERENCIA Y TESTAMENTO

51 ¿Qué es exactamente la herencia?

Se considera «herencia» el conjunto de bienes, derechos y obligaciones (y deudas), es decir, la situación jurídica general en que se encuentra una persona, pero observada desde el punto de vista de su transmisión a uno o varios sucesores tras el fallecimiento del titular. En resumen, todo el proceso incluirá el fallecimiento de una persona, la obtención del documento en el que se indique quiénes son esos sucesores y el posterior reparto de los bienes (y deudas) entre ellos.

52 ¿Qué es el testamento?

En el esquema anterior, el «documento en el que se indique quiénes son esos sucesores»; es decir, donde hayamos indicado cómo queremos que se reparta nuestra herencia.

53 ¿Cómo hago mi testamento?

Las diversas leyes civiles coinciden en permitir que se haga testamento de diversas formas, de modo que, si vemos los textos legales, encontraremos varios a nuestra disposición. De todos estos —algunos para situaciones especiales, como el hecho en peligro de muerte—, más del 99%, son el llamado «testamento abierto notarial», que es el que normalmente conocemos, realizado ante notario. El resto corresponde al «testamento ológrafo», sin la concurrencia de nadie más que el testador. Las demás formas son puramente anecdóticas en la práctica.

Debemos tener en cuenta que en el testamento más común, ante notario, los controles que exige la ley para darle validez y el asesoramiento jurídico se hacen al otorgarlo, por lo que no necesita «validaciones» posteriores (a diferencia de lo que estamos acostumbrados a ver en las películas americanas). Los demás sí que las necesitan: precisan un procedimiento posterior al fallecimiento, también notarial, pero bastan-

te más largo, complicado (y caro) que el del habitual testamento abierto. Además, en estos falta el asesoramiento jurídico, por lo que los problemas de interpretación y aplicación pueden ser considerables. Esta es la razón de la prevalencia del abierto frente a los demás.

54 ¿Cómo se aplica en la práctica?

El primer paso es hacerlo, para lo que hace falta pedir cita con el notario, llevar el DNI y tener una idea más o menos clara de qué queremos hacer. El «cómo» hacerlo, su adecuación a la ley, la pondrá el notario.

A continuación, aunque la persona interesada no se entere de ello, el notario comunicará el hecho del otorgamiento (no el contenido) a un registro central (el de Voluntades Anticipadas) y conservará el original en su archivo. Si el notario cambia de notaría, se jubila o fallece antes, el testamento seguirá allí donde se hizo, pero a cargo del sustituto de su notaría, primero, y de un archivo dependiente del Colegio Notarial después, a cargo de un notario que es su archivero.

Una vez fallecida la persona, quien se considere con derechos en su herencia deberá obtener un certificado de aquel registro (el de Últimas Voluntades), en el que se indicará cuál es su último testamento (el que vale) y dónde está (se puede haber hecho otro, en unas vacaciones a quinientos kilómetros de distancia, del que sus familiares no tengan conocimiento).

Con este certificado, el heredero pedirá al notario que lo guarde en su archivo, o al encargado del archivo del Colegio que le dé una copia autorizada (firmada por el notario, lo que le da efectos jurídicos).

¿Complicado? No hay que preocuparse. Basta con ir con el certificado de defunción a la notaría que se quiera y allí se encargarán de hacer lo preciso hasta que se entregue la copia «que vale» (a diferencia de la puramente informativa, que se dio cuando se otorgó). ¡Y con esto ya se dispone de un título sucesorio!

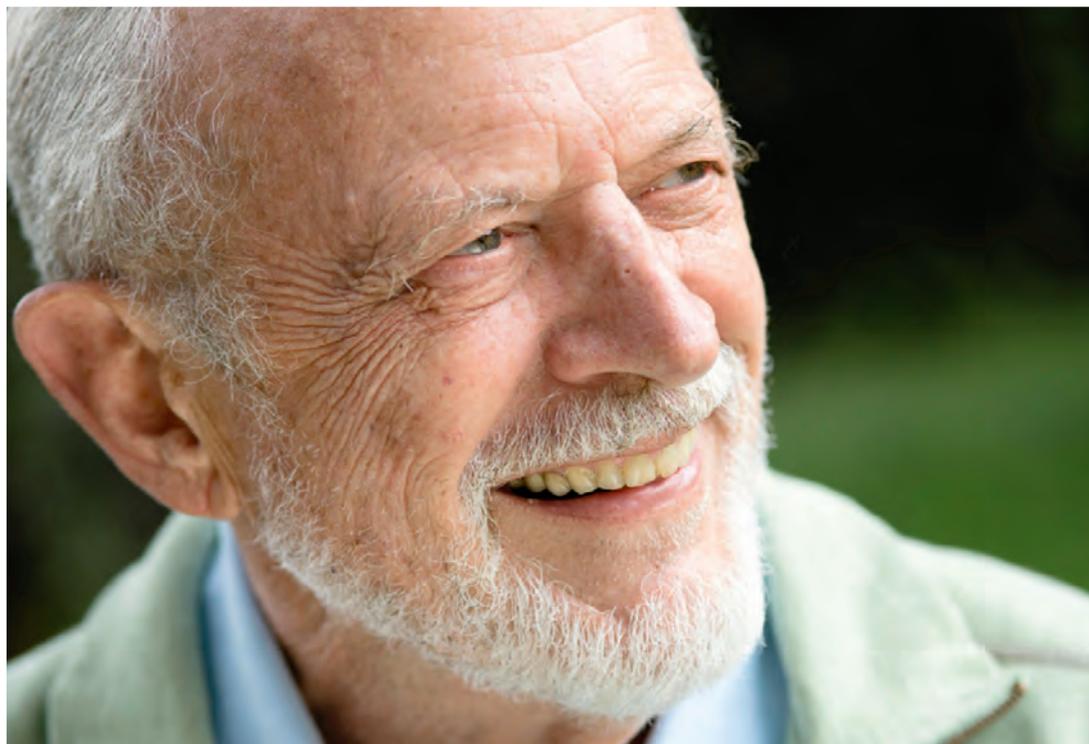
¿Y si no lo hay? Lo confirmará el certificado anterior. En este caso, hay que hacer una «declaración de herederos», que es un expediente más complicado, largo en el tiempo y caro que el testamento. Para el caso de que no se haya hecho este documento en vida, la ley indica qué parientes, y cómo, serán sus herederos. El objeto de este expediente es determinar quiénes son esos parientes, y termina con la declaración por el notario de que tienen tal condición.

Falta ponerse de acuerdo con los demás interesados para ver cómo se reparten la herencia. En nuestro sistema no existe la lectura del testamento de las películas, muy interesante cinematográficamente, pero ajeno a nuestro sistema y práctica jurídica.

55 ¿Cómo se repartirán la herencia cuando yo falte?

La siguiente fase jurídica es la partición y adjudicación de la herencia. Es un documento público (firmado por un funcionario competente para ello), que será el título de propiedad en el futuro. En principio, firmado por todos los herederos, si están de acuerdo, ante el notario al que habrán encargado que lo elabore según sus instrucciones y que les suministrará las informaciones que necesiten.

¿Y si no hay acuerdo? En la notaría no se puede obligar a firmar a nadie. Si alguno dice que no lo hace, hay algunas vías, también notariales, excepcionales y más complicadas, pero lo habitual es irse al juzgado para que sea el juez/a el funcionario pú-



blico al que antes me refería. Hay que tener en cuenta en este caso que, con sus correspondientes recursos, la cuestión se resolverá en un plazo a partir de los diez años. Finalmente, el juez/a lo manda al notario para que lo convierta en una escritura. Los costes finales incluirán los de las actuaciones judiciales que los lleven, los de los abogados de una y otra parte y los del partidor al que en el juzgado se le haya encargado que haga el reparto (normalmente otro abogado), más la escritura final. Bastante desproporcionados si los comparamos con la alternativa: una escritura. Hay que evitar meterse en esta complicación por cuestiones personales, demasiado habituales en particiones de herencias.

56 ¿Puedo encargárselo a otro?

Lo habitual es que los herederos hagan el reparto de la herencia. Pero el testador puede hacerla él mismo (poco habitual) o encargarla a otro, cargo llamado «contador-partidor», que suele juntarse al de albacea (este se encarga de diversos detalles encomendados por el testador). No obstante, habiendo legitimarios, es más complicado legalmente que la haga por sí solo el partidor. En todo caso, habrá de hacerse la escritura de adjudicación de herencia.

57 ¿Cuándo conviene renunciar?

Podemos aceptar la herencia o decir que no la queremos, es decir, renunciarla. Pero, ojo, una u otra cosa sólo una vez. No vale repartirnos una casa y luego decir que no queremos más herencia (por ejemplo, la deuda con la residencia).

Los motivos más habituales suelen ser el deseo de algunos herederos de que la herencia recaiga en otros. Por ejemplo, todos los hijos quieren que el progenitor super-

viviente se quede con todo. Luego ya le heredarán a este. O uno quiere que su parte, si lo prevé el testamento, vaya a sus hijos. Otro motivo es que haya deudas que no queramos asumir (se heredan los bienes y las deudas, o no se hereda nada). Últimamente se está mencionando también el supuesto de los gastos de heredar, concretamente el impuesto de sucesiones, para el que no se dispone de bienes liquidables para pagar.

La renuncia debe hacerse ante notario. Pero, cuidado, la aceptación puede ser tácita, derivada de hechos en que hayamos actuado como herederos (por ejemplo, hacemos un arrendamiento sobre un bien de la herencia y cobramos nosotros la renta). Estos actos no permitirían una futura renuncia («una u otra cosa, pero sólo una vez»). Alguien, por ejemplo, casualmente no le dice nada al notario, que le hace la renuncia, pero ojo si aparece un acreedor que justifica que había aceptado antes la herencia.

58 ¿Puedo aceptar los derechos pero no las deudas?

Existe la posibilidad de aceptar la herencia, pero respondiendo de las deudas hasta donde alcancen los bienes de la herencia, y no con los nuestros. Es lo que se llama «aceptación a beneficio de inventario». Esta sí que ha de hacerse ante notario, y complica un poco el proceso de la adjudicación de la herencia (hay que citar a los acreedores conocidos y concertar con ellos, y los demás que aparezcan, el pago de sus créditos, incluso pudiendo llegarse a la subasta notarial de los bienes si no hay un acuerdo mejor), pero es una solución recomendable si no tenemos claro si existen deudas o desconocemos su valor. Cuando se esté en la fase de decidir qué hacer o cómo realizar el reparto, lo mejor es consultar a un notario.

59 ¿Hay otros trámites?

Una vez se haya hecho el documento público (escritura o sentencia), el siguiente paso será pagar los impuestos correspondientes: el de «sucesiones», que corresponde a cada Comunidad Autónoma, y el llamado de «plusvalía municipal», que, como su nombre indica, corresponde al ayuntamiento en el que haya bienes urbanos. Cuidado: los plazos, aunque parezcan holgados, se cuentan desde el fallecimiento, no desde que se firme la partición.

Las cuentas y depósitos bancarios estarán bloqueados hasta que se presente al banco el documento en el que se indique a quién se adjudica, pasado por la oficina liquidadora del impuesto de sucesiones.

Finalmente, si hay inmuebles, habrá que inscribir en el Registro de la Propiedad en el que se encuentren estos (si hay una vivienda y unas fincas en el pueblo de origen, no olvidar al Registro de este pueblo).

Lo habitual es encargar estos trámites a una gestoría o, según los sitios, hacerlos en una notaría. Pero esto es una actuación distinta de la preparación y autorización de la escritura, no obligatoria para el notario; es conveniente tenerlo en cuenta porque las actuaciones de gestión se cobran. Se suele hacer así porque la tramitación es complicada (especialmente para el profano) y la intención suele ser firmar y obtener un título cuando esté todo completamente tramitado. No obstante, puede hacerlo uno mismo.

60 ¿Cuánto costará?

En tema de documentos notariales es un lugar común pensar en el coste de «las escrituras». Y aquí se incluyen: la escritura pública, los gastos de tramitación (preparar y realizar las liquidaciones de impuestos, todo el trámite hasta la inscripción en el Registro de la Propiedad) y el pago del impuesto que corresponda, en este caso los de sucesiones y el de plusvalía municipal (cuyo nombre técnico es el de «Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana»). Pero como la única oficina que se ve es la notarial, y el único funcionario el notario (para los consumidores en general, ¿alguien ha visto una vez a un registrador de la propiedad que no sea el presidente del Gobierno? Pues habrá intervenido cada vez que se haya tramitado una escritura referente a bienes inmuebles), se tiene la idea de que el coste total lo cobra el notario.

De todo esto, con diferencia, el apartado más caro es el los dos impuestos citados. El de sucesiones corresponde a las comunidades autónomas, por lo que es muy variable. Pero hay que tener en cuenta una cosa: cuanto más alejado sea el parentesco con el fallecido, más alto el porcentaje; cuanto mayor sea el valor de lo heredado, también mayor el porcentaje. En cuanto a la llamada plusvalía municipal, depende de una parte del valor catastral fijado por cada ayuntamiento y del tiempo desde que se adquirió hasta el fallecimiento, entre otras cosas. ¿Complicado? Pues sí, y además es la parte realmente cara de heredar.

Y no estaría de más echar un vistazo a una posible llamada plusvalía (nuevamente, este no es su nombre técnico) futura en el IRPF, pero esto es una complicación más que debe tratarse en la notaría, a ver si hay alternativas para que no salga tan cara.

8. TESTAMENTO FAMILIAR

61 ¿Debo hacer testamento?

Hay algunas personas que no quieren hacer testamento porque creen que, si lo hacen, se van a morir, pero no hay que dejarse llevar por el mito y hacerlo si se considera que es necesario.

A la hora de hacerlo, hay que tener en cuenta que el testamento ante notario es secreto, así que lo que se firme ante él solo lo sabrán las personas que se quiere que lo sepan. Nadie más conocerá la voluntad de quien hace el testamento, de forma que únicamente cuando este fallezca los herederos podrán conocer su contenido. Se puede cambiar el testamento cuando se desee y las veces que se quiera; también se ha de tener presente que el testamento solo produce efectos una vez que la persona fallezca, por lo que evidentemente conservará todo su dinero y propiedades mientras viva, es decir, hasta que no fallezca es como si no hubiese hecho nada.

62 ¿Qué testamento es el mejor para mí?

El testamento más común que se hace en España en el supuesto de matrimonio con hijos consiste en dejarle al cónyuge el usufructo de todos los bienes mientras viva, quedando los hijos como «nudo propietarios». ¿Qué quiere decir esto? Pues que el

esposo o esposa que quede viudo tiene derecho a disfrutar de todos los bienes, es decir, habitar la vivienda, alquilar esa vivienda o cualquier otro inmueble o recibir los intereses del dinero que se tenga. Los hijos tienen la propiedad, pero esa propiedad está «desnuda» de contenido económico, pues todo le corresponde al cónyuge viudo, y solo cuando fallezca tendrán los hijos la plena propiedad.

Con este testamento, cuyo coste no excede de 60 €, se garantiza que el viudo o viuda quede protegido, puesto que ningún hijo podrá echarle de la vivienda. Por tanto, tendrá derecho a continuar viviendo en su casa y, además, en caso de que haya otros bienes, recibirá los frutos que produzcan (ya sean alquileres o intereses de cuentas bancarias)

En algunas Comunidades Autónomas, como Galicia, País Vasco, Aragón, Navarra, Cataluña y Baleares hay algunas especialidades cuando se hace testamento.

63 ¿Qué pasa si no hago testamento?

El testamento no es obligatorio, pero si no se hace, el cónyuge que quede viudo/a solo tendrá el usufructo del 33% de la herencia (salvo las especialidades en algunas Comunidades autónomas); todo lo demás será para los hijos.

Si compraron las propiedades cuando estaban casados y están en gananciales o en caso de estar en separación de bienes compraron al 50%, al fallecer uno de los cónyuges, el viudo conservará la propiedad de su mitad, de forma que lo que venimos diciendo de la herencia se aplicará sólo al 50% del fallecido.

64 ¿Puedo hacer el testamento como quiera?

En casi toda España hay que respetar unos derechos legales de los hijos, llamados «legítimas», lo cual supone que el 66% de la herencia le corresponde por ley a los descendientes. En algunas Comunidades Autónomas, como Galicia o Cataluña, solo hay que dejar a los hijos el 25%, y en Navarra se puede disponer como se quiera, no hay que reservar nada a los hijos. También hay especialidades recién implantadas en el País Vasco: debe ir a los descendientes, distribuido como se quiera, un tercio de los bienes. Ahora bien, en caso de conflicto grave con alguno de los hijos, puede plantearse desheredarle, si bien ha de consultar esta opción con el notario ante el que se haya hecho el testamento.

65 Quiero favorecer al hijo que me cuida ¿Puedo hacerlo?

En la mayor parte de España, el 66% de la herencia ha de ser necesariamente para los descendientes, pero de ese porcentaje solo el 33% ha de repartirse en partes iguales entre los hijos, ya que el otro 33% es lo que se denomina «tercio de mejora» y que puedes dejarlo al hijo que te esté cuidando (también a los nietos que se desee), quedando por tanto mejorado. Con el restante 33% puedes hacer lo que quieras, por lo que también lo puedes dejar al hijo que se ocupa de ti. En resumen, el hijo que te cuida recibirá de más el 66% de la herencia, y entre todos los hijos se repartirán en partes iguales el 33% restante. Consulta al notario si en tu Comunidad hay excepciones a esta norma.

Todo esto ha de quedar reflejado en el testamento y, en el caso de que la situación cambie el día de mañana, se puede modificar el testamento pues, como decimos, este se puede cambiar las veces que se quiera.

66 ¿Puedo dejar mejorado al hijo que vaya a cuidarme?

Es posible dejar el testamento con esa condición, de forma que el hijo que se haya ocupado de ti recibirá una mayor parte de su herencia cuando fallezcas. No obstante, no aconsejamos hacer el testamento de ese modo, puesto que la práctica muestra cómo, a la hora de repartir la herencia, surgen disputas entre los herederos sobre si se ha hecho cargo del cuidado de los padres y cómo los ha atendido, o qué hijo los ha cuidado y asistido más, por lo que, en vez de causarle un beneficio al hijo que te cuide, le estará generando un problema. Por ello es preferible dejar ya concretado en el testamento a qué hijo se quiere mejorar, que será el que te esté cuidando, sabiendo en todo momento que, si la situación cambia y deja de cuidarte, puedes modificar el testamento inmediatamente.

67 Quiero que la vivienda sea para uno de mis hijos ¿Es posible?

El patrimonio que tengas lo puedes repartir libremente. Ahora bien, lo más común es que la única propiedad de valor sea la vivienda, pero si deseas mejorar a alguno de los hijos, como hemos dicho, puedes hacerlo. Además, si quieres que la vivienda sea para ese hijo, podrás asignársela y facultarle para que la parte que le corresponde por ley a los otros hijos pueda ser pagada en metálico.

68 Quiero que mi esposo decida a qué hijo mejorar ¿Puede hacerse?

Claro que puedes hacerlo. Basta con incluir una cláusula en el testamento por la cual sea el cónyuge que sobreviva quien decida a qué hijo se mejora, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre el 66% de la herencia del que ha fallecido (recordemos que el otro 33% se reparte entre los hijos a partes iguales). Hay que tener en cuenta que, si no se indica un plazo para que el viudo/a decida a quien mejorar, solo habrá dos años para hacerlo. Durante este período, antes de que el cónyuge viudo realice la mejora, la administración del patrimonio del fallecido le corresponderá al propio viudo.

69 Tenemos un hijo con una discapacidad ¿Hay algo que debemos tener en cuenta?

Sí. En caso de estar judicialmente incapacitado, además de que puedes «mejorarle» en el 66% de su herencia, también puedes asignarle el disfrute del 33% restante, que solo pasará a ser propiedad de tus otros hijos una vez que fallezca el incapacitado.

Resulta muy útil que le encomiendes al cónyuge viudo/a la facultad de tomar la decisión de mejorar al hijo incapacitado, señalando un plazo amplio para que tome la decisión, de forma que durante ese tiempo la administración del patrimonio le corresponderá al cónyuge.

Como el hijo discapacitado no podrá otorgar testamento por carecer de capacidad (salvo que se reconozca tal posibilidad en la sentencia de incapacitación), es muy conveniente que se nombre un sustituto para que reciba los bienes del incapaz cuando fallezca; es como hacer «testamento por él».

Por último, si se desea, se puede designar un tutor del hijo incapaz en el testamento, para cuando fallezcan ambos padres. El juez deberá respetar tal decisión y nombrar tutor a quien se haya elegido, salvo que, por alguna circunstancia grave, llegado el momento no sea aconsejable.

70 ¿Qué impuestos tendrán que pagar los hijos que hereden?

Es una cuestión que depende de cada Comunidad Autónoma, por lo que antes de hacer testamento hay que asesorarse sobre esta cuestión. Puede preguntarse al notario ante el que se vaya a hacer testamento, quien orientará sobre esta cuestión. Ahora bien, como la ley fiscal que se aplica no va a ser la del día en que se haga testamento, sino la que haya cuando la persona fallezca, no habrá seguridad plena.

Si lo que se hereda es la vivienda habitual, hay unas reducciones fiscales tan importantes, que prácticamente no se paga nada, pero si se vende antes de los 10 años siguientes al fallecimiento del testador, se perderá esa bonificación fiscal.

Es importante informarse antes de hacer testamento, puesto que puede darse el caso de que, deseando favorecer a algún hijo, se llegue incluso a causarle un perjuicio fiscal, de forma que, dejándole algo menos de lo que se había pensado, no tendría que pagar nada y, dejándole más, sí estaría obligado a un pago considerable de impuestos.

9. ATENCIÓN JURÍDICA A UN HIJO CON DISCAPACIDAD

71 ¿Qué ocurre desde el punto de vista jurídico cuando se tiene un hijo con discapacidad?

Cuando se tiene un hijo con algún tipo de discapacidad (sobre todo, psíquica o intelectual), es evidente que ese hijo requiere una atención especial, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial; en la práctica, son los padres los que normalmente se encargan de su cuidado y protección, así como del desarrollo de su personalidad, realizando numerosas actuaciones en su nombre, sin que muchas veces se pregunten si el ejercicio de esa función de asistencia es o no ajustado a la ley.

Pues bien, desde el punto de vista del derecho, hay que distinguir dos situaciones:

- Si el hijo es menor de edad, los padres tienen su representación legal a través de la figura de la patria potestad, por el simple hecho de ser sus padres, como ocurre con cualquier hijo menor, tenga o no alguna discapacidad.
- Pero si el hijo es mayor de edad, los padres ya no tienen su representación legal, salvo que obtengan su incapacitación judicial. Ahora bien, esto no quiere decir que no puedan seguir actuando en nombre de su hijo mayor de edad no incapacitado judicialmente. Al contrario, pueden seguir haciéndolo, lo que ocurre es que su situación no será la de un «representante legal», sino más bien actúan como un «guardador de hecho», lo que tiene una diferente repercusión jurídica, como veremos.

72 ¿Es necesario obtener la incapacitación judicial del hijo?

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta es la gran cuestión que se plantea cuando se tiene un hijo con discapacidad, sobre todo cuando ya es mayor de edad.

Por tanto, si los padres quieren tener su representación legal y, en consecuencia, poder realizar cualquier acto con plena validez jurídica en nombre de su hijo, en la actualidad no hay más remedio que instar su incapacitación judicial (hoy llamado «procedimiento de modificación de la capacidad»). Especialmente, será imprescindible para realizar actos de cierta importancia, como vender un inmueble que sea propiedad del hijo o aceptar una herencia en su nombre. Además, la incapacitación judicial es necesaria para poder utilizar ciertos mecanismos sucesorios, a los que luego haremos referencia. Incluso la propia ley parece imponerlo como algo «necesario y obligatorio».

Ahora bien, es innegable que, salvo para aquellas actuaciones en las que la incapacitación judicial es imprescindible, la función de asistencia y protección del día a día que hacen los padres sobre sus hijos con discapacidad pueden desarrollarla perfectamente sin tener que acudir a ese procedimiento, a menudo lento y desagradable. De hecho, es lo que sucede en la práctica, pues los casos de personas con discapacidad que son incapacitadas judicialmente no llegan al 30%.

Además, mucho más interesante suele ser disponer del certificado administrativo de discapacidad, que se obtiene a través de un procedimiento más ágil y sencillo (y menos traumático) que la incapacitación judicial, y que suele bastar para poder acceder a las ayudas públicas y los beneficios fiscales. Incluso es suficiente para poder disfrutar de algunos mecanismos especiales de protección, como es el patrimonio protegido.

73 ¿Cómo es el procedimiento de incapacitación?

Como se ha expuesto más detenidamente en otra sección, la incapacitación de una persona, al tratarse de una cuestión tan importante y con tanta trascendencia, solo puede declararla un juez/a mediante sentencia, tras haberse tramitado el correspondiente procedimiento judicial, y siempre que exista una deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma.

En el supuesto de incapacitación de un hijo, hay que distinguir dos supuestos. Si todavía es menor de edad, pero se prevé que la discapacidad va a ser persistente, los padres pueden iniciar ya el procedimiento, dando lugar cuando alcance la mayoría de edad a lo que se conoce como «patria potestad prorrogada». En el caso de que sea mayor de edad, pueden promover la declaración de incapacitación el propio incapaz y los familiares de éste, aunque, en el supuesto que nos ocupa, lo normal es que sean también los padres, dando lugar a lo que se conoce como «patria potestad rehabilitada». En ambos casos, las funciones que ejercen los padres son las mismas que si el hijo fuera menor, de modo que lo representan legalmente, cuidando su persona y administrando sus bienes.

Hoy día, el procedimiento de modificación de la capacidad, aunque ha mejorado, dista mucho todavía de ser el más idóneo para los supuestos de padres con hijos con discapacidad. Por eso, esperamos que pronto nuestra legislación adopte los criterios de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y lo mejore sustancialmente.

74 ¿Qué consecuencias tiene la incapacitación?

La sentencia que declara la incapacitación debe establecer la extensión y límites de esta. Así, si la discapacidad es grave, la incapacitación puede ser total, en cuyo caso serán los padres los que deberán actuar siempre en nombre del hijo. En cambio, si no es tan grave, la incapacitación puede ser parcial, de modo que el hijo pueda realizar ciertos actos por sí mismo, necesitando la asistencia de los padres para los actos de mayor trascendencia, siendo la sentencia la que determine cuáles son esos actos. En cualquier caso, para determinadas actuaciones de gran importancia (como, por ejemplo, la venta de un inmueble), los padres siempre necesitarán la autorización de un juez/a.

En principio, y como resulta de los principios de la citada Convención, la incapacitación legal no conlleva la pérdida de derechos, sino que brinda a la persona con discapacidad la posibilidad de ejercer sus derechos y proteger sus intereses con el apoyo de otra persona. Además, existen determinados derechos personales que el incapacitado conserva, siempre que la sentencia no le prive expresamente de ellos, como el derecho de sufragio, la posibilidad de otorgar testamento notarial, el derecho a contraer matrimonio o poder firmar un contrato de trabajo. Desgraciadamente, en la práctica, nos encontramos con muchas sentencias con incapacitación total y privación de estos derechos, que, no obstante, pueden ser susceptibles de modificación para aplicar los principios de la Convención.

75 ¿Existen otras formas de proteger al hijo desde el punto de vista personal?

Como hemos dicho anteriormente, en la práctica, es frecuente que los padres con hijos mayores de edad no los incapaciten judicialmente. En este caso nos encontramos ante lo que se conoce como «guarda de hecho», que también puede ser ejercida por otros familiares o allegados cuando los padres no están. Por tanto, la guarda de hecho es aquella situación que se produce cuando alguien (padres u otros familiares) asume el cuidado y protección de una persona con discapacidad sin haber sido designado judicialmente para ello.

En esta situación de guarda de hecho, los padres no son los representantes legales de sus hijos, pero, en el ámbito personal, tienen el derecho y el deber de cuidarlos, procurándoles todo lo que sea necesario y promoviendo la recuperación de su capacidad en la medida que sea posible. En el ámbito patrimonial, a su vez, pueden y deben administrar sus bienes, si bien no podrán realizar acto alguno de disposición de los mismos (para ello es necesaria la incapacitación judicial). Además, los actos realizados por el guardador de hecho no podrán ser impugnados si son útiles para la persona con discapacidad.

Otra forma de protección, en el caso de que sea necesario, es la posibilidad de internamiento. En este caso, la tiene que solicitar la persona que ejerza la guarda del discapacitado y requiere la correspondiente autorización judicial, debiendo aportar las pruebas que lo justifiquen; entre ellas, los informes médicos que establezcan el ingreso como mejor opción terapéutica posible.

76 ¿Y desde el punto de vista patrimonial?

Aparte de la administración que ejercen los padres sobre el patrimonio que pudiera tener su hijo con discapacidad (ya sea a través de la patria potestad o de la guarda de hecho), a la que nos hemos referido, la mayor preocupación que suelen tener es la forma de transmitirle sus propios bienes, es decir, cómo pueden protegerlo desde el punto de vista patrimonial, formando una masa de bienes que pueda garantizar sus necesidades económicas, tanto presentes como futuras. Pues bien, existen fundamentalmente tres mecanismos para poner a disposición del hijo dinero u otros bienes (los dos primeros son los tradicionales, mientras que el tercero es relativamente nuevo y solo puede utilizarse en el caso de que haya una determinada discapacidad):

1. Herencia: Dejarle en testamento todos o determinados bienes, en cuyo caso hay que esperar al fallecimiento de los padres para que adquiera los bienes, si bien el impuesto a pagar suele estar bonificado.
2. Donación: Hacer donación de uno o varios bienes, en tal caso ya adquirirá la propiedad desde un principio, si bien el impuesto suele ser superior, aunque depende también de cada Comunidad Autónoma.
3. Patrimonio protegido: Constituir un patrimonio protegido a favor del hijo con discapacidad, posible desde el año 2003, en cuyo caso también adquiere la propiedad de los bienes desde el principio, permite el establecimiento de normas especiales de administración y conlleva unas interesantes ventajas fiscales. Es necesario nombrar un administrador (que pueden ser los propios padres), que serán los representantes legales en todo lo relativo a este patrimonio especial.

77 ¿Qué sucederá cuando no estén sus padres?

Cuando los padres ya no estén o no puedan encargarse de cuidar a su hijo con discapacidad, esté o no incapacitado, será otra persona la que tendrá que ocuparse de él. Aquí puede ocurrir lo mismo que con nosotros: o que el hijo no incapacitado siga en una situación de guarda de hecho, en este caso ejercida por otra persona (un abuelo o un hermano, por ejemplo), siendo aplicable lo dicho anteriormente para los padres; o que ya estuviese incapacitado o, no estándolo, que la incapacitación se produzca en este momento, en cuyo caso el juez/a nombrará a una o varias personas para que ejerzan el cargo de tutor o curador.

En este supuesto de falta de los padres, es más aconsejable instar el procedimiento de incapacitación, para que se nombre un tutor (si la incapacidad es total) o un curador (si la incapacidad es parcial). El tutor es el representante legal del incapaz y le sustituye en todas sus actuaciones, ocupándose tanto de la protección de su persona como de la administración de su patrimonio, requiriendo también autorización judicial para poder realizar los actos de mayor trascendencia para el tutelado. En cambio, el curador no es su representante legal (pues el incapaz sigue actuando por sí mismo) y se limita a asistirle en aquellos actos importantes que determine la sentencia.

Los padres pueden en testamento o en otro documento notarial nombrar tutor o curador para sus hijos, pero es necesario que sean menores o estén incapacitados. En el caso que no haya nombramiento por los padres, será el juez/a quien designe como tutor o curador a la persona que considere más idónea para ejercer el cargo, dentro de los familiares más próximos.

78 ¿Existen otros mecanismos de protección o control?

Los padres, también en testamento o en otro documento notarial, además de nombrar tutor, pueden establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar a las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. Estas disposiciones vincularán al juez/a, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo tendrá que hacer mediante decisión motivada.

Además, cualquier persona (y por tanto, también los padres) que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, ya sea a través de una donación o en testamento, podrá establecer las reglas de administración sobre esos bienes, y designar a la persona o personas que hayan de ejercitarla. En este caso, surge la figura del «administrador especial», que puede ser una persona distinta del progenitor o del tutor, de modo que aquel administrará los bienes expresamente dejados de forma gratuita, mientras que este administrará el resto de los bienes que pudiera tener la persona con discapacidad.

También existe una figura de protección distinta de las anteriores, el llamado «defensor judicial», cuyo cometido es representar o asistir a la persona con discapacidad en situaciones en que no puedan hacerlo los padres, el tutor o curador; por ejemplo, en aquellos actos en los que exista conflicto de intereses con estos. Lo nombra el juez/a y tiene carácter transitorio y provisional, pues es para una actuación concreta.

79 ¿Y cómo quedará protegido patrimonialmente?

Hoy constituye una realidad innegable la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, lo cual supone un motivo de preocupación para los padres, que temen lo que, en el futuro, pueda suceder con sus hijos con discapacidad, no solo desde el punto de vista personal (a lo que acabamos de hacer referencia), sino también en el ámbito económico.

Pues bien, dejando a un lado los casos, más bien excepcionales, en los que les hayamos transmitido bienes en vida (ya sea a través de donaciones o de aportaciones a un patrimonio protegido), la mayoría de las adquisiciones de bienes por nuestros hijos (sean o no discapacitados) proviene por vía de herencia de los padres.

Si los padres no tienen testamento, la herencia se repartirá entre todos los hijos por partes iguales. No obstante, cuando alguno de ellos sufra una discapacidad, posiblemente quieran dejar a ese hijo una porción mayor o protegerlo de algún otro modo. De ahí la necesidad de hacer testamento, acudiendo al notario para que asesore a los padres sobre todas las posibilidades que tienen y confeccione un testamento a la medida de sus necesidades y situación familiar.

No debemos olvidar que, en muchas regiones de España, las legítimas (una parte de la herencia que debe ir a los hijos a partes iguales) pueden suponer un importante límite a la hora de poder beneficiar al hijo con discapacidad respecto de los demás. Pero también es cierto que, desde el año 2003, hay nuevas posibilidades legales para planificar la herencia de las personas con discapacidad, que mitigan esos límites, como son las sustituciones fideicomisarias a favor de incapacitados, que permiten dejar toda la herencia a favor del hijo discapaz, con la obligación de que después haga tránsito a sus hermanos, figura esta que requiere que el hijo esté incapacitado judicialmente.

80 Por último, ¿qué ocurrirá con sus bienes cuando él falte?

Directamente relacionado con lo anterior está la siguiente cuestión que se nos plantea: cuando un hijo con discapacidad fallezca, ¿qué sucederá con los bienes que haya podido adquirir durante su vida, ya sea por sí mismo o por atribución de sus padres o de otras personas?

Si no ha hecho testamento, ya sea porque no tiene capacidad suficiente para hacerlo por sí mismo o, teniéndola, no ha reparado en hacerlo, sus bienes pasarán a sus parientes más cercanos, que, si ya no están sus padres, normalmente serán sus hermanos a partes iguales y sin ninguna distinción, independientemente del tipo de relación que mantuviera con ellos en vida. De ahí la misma necesidad que puede tener la persona con discapacidad de hacer testamento.

Ahora bien, si el hijo no tiene la capacidad necesaria para hacer testamento, ¿esto significa que se le aplicará directamente lo que dice la ley? Pues no, porque el derecho da la posibilidad a los padres de nombrar herederos a sus hijos incapaces, con determinados límites, a través de la institución que se conoce como «sustitución ejemplar», la cual también exige la incapacitación judicial.

Y si al final el hijo con discapacidad fallece sin herederos determinados voluntariamente, ya sea por él mismo o a través de los padres, existe la salvaguarda de que no le podrán heredar las personas que no le hubieran prestado las atenciones debidas, estando obligados a ello.

10. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

81 ¿Qué es el Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad?

El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad (en adelante, PPPD) es un conjunto de bienes que se pone a nombre de una persona con discapacidad, y que se destina, exclusivamente, a satisfacer las necesidades vitales de su beneficiario. Utilizamos los términos imprecisos «se pone a nombre de...» porque incluye dos situaciones: que los bienes los aporten personas distintas del beneficiario o que los aporte este mismo. En el primer caso, el habitual, son personas próximas (normalmente los padres o los hijos) quienes los atribuyen de una forma similar a la donación; en el segundo, el propio interesado los afecta a su PPPD.

Debemos tener en cuenta que lo obligatorio es que se gaste lo aportado, o sus frutos o rentas, en «necesidades vitales» del beneficiario. Esto debemos interpretarlo en un sentido amplio, o sea, gastos personales de esta persona. El límite, para evitar que se pueda convertir en una fuente de negocios ajenos a su finalidad, se controla por las normas fiscales, vía impuestos. Como veremos, el principal, que es la deducción en el IRPF, se aplica con un límite de 10.000 € por aportante y año.

Es obligatorio que se gaste en esto, pero no hay plazos. Lo que no se puede hacer es emplearlo en otra cosa ni que el aportante lo recupere.

Una vez creado el PPPD, con sus normas de administración, se pueden hacer nuevas aportaciones, periódicas o no.

En toda esta construcción es básico el apoyo de la Administración. Según la Constitución, esta tiene que atender a las necesidades de las personas con discapacidad. Y lo puede hacer de diversas formas: suministrando directamente los servicios precisos; a través de pensiones o subvenciones con fondos públicos, o fomentando que otros particulares o empresas aporten fondos para ello. Esta última es la vía que se adopta a través del PPPD. Pero no olvidemos que no es una concesión graciosa de la Administración; es una forma de cumplimiento de una obligación que le impone la Constitución.

82 ¿Quién puede ser beneficiario, y en qué medida se relaciona con los mayores?

La ley 41/2003 que regula esta cuestión es bastante rígida en esta materia, buscado la mayor claridad. Pueden ser beneficiarios, exclusivamente, las personas que acrediten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o física o sensorial igual o superior al 65%.

Se podrá acreditar mediante certificado administrativo o, si no se está de acuerdo con lo que la administración competente determina, mediante resolución judicial.

Lo que se debe acreditar es el porcentaje correspondiente a una u otra discapacidad. Los certificados de minusvalía, usados ampliamente a otros efectos (en los que se atribuye un porcentaje global de este concepto resultado de combinar, no sumar, los grados de las diversas discapacidades que suelen concurrir más otras influencias), no justifican el cumplimiento del requisito legal. Pero, dado que el organismo emisor ya tiene un expediente con las evaluaciones que normalmente necesita para esto, no debe haber problema (y en mi experiencia personal no la ha habido) para que desglose y certifique los grados que corresponden a cada uno de los tipos de discapacidades.

En relación con las personas mayores, tiene una triple utilidad, recordando que será preciso acreditar el grado de discapacidad que se ha comentado. La primera, para que puedan contribuir y atender a los gastos de los que dependen de ellos, normalmente los hijos. Aparte de las aportaciones que se hagan, se crea la estructura (administración, control para asegurar que se cumple su destino) a la que pueden incorporarse aportaciones voluntarias de otros, ahora o cuando los padres falten.

La segunda, para que los hijos puedan disponer de un sistema de atención a sus ascendientes (padres o abuelos, por ejemplo) con discapacidad, con un solo sistema de administración de aportaciones distintas en el tiempo o en el importe.

En tercer lugar, para que el mayor con discapacidad pero con capacidad intelectual suficiente pueda arbitrar un sistema en que alguien, en la medida y forma que él decida, administre su propio patrimonio (o parte de él, lo que aporte el propio beneficiario) atendiendo, mientras viva, a sus atenciones personales y, al fallecer, se le dé el destino que decida.

83 ¿Hay varias clases de patrimonios?

El capítulo de la ley 41/2003, que regula el PPPD, es muy corto (8 artículos). Por ello no entra en demasiados detalles o clasificaciones; la regulación que contempla se aplica a todos.

Pero, en la práctica, podemos distinguir dos tipos:

- El primero se forma con bienes o derechos de gran valor, susceptibles normalmente de generar rentas (que se utilizarán en los gastos del beneficiario) o de ser destinados a ahorro para el futuro (para cuando falten los padres, por ejemplo). Este sería accesible a personas que estén en condiciones de realizar aportaciones de este tipo, de valor alto. Por otro lado, se encuentra limitado por el importe máximo que da derecho a deducción.
- El segundo se forma con aportaciones periódicas destinadas a pagar los gastos corrientes del beneficiario. Estos gastos, normalmente, se van a sufragar por sus padres, necesariamente. Pueden hacerlo directamente, en la forma habitual (ellos pagan las facturas de la silla de ruedas, el logopeda, el fisio, la ropa, el campamento con monitores...), o a través del PPPD (con la utilización del beneficio fiscal que lo fomenta). Se comprenderá que el ámbito social de este último tipo es mucho más amplio. Normalmente, las familias en estas 100 preguntas sobre derechos condiciones pueden utilizar estos fondos (van a utilizarlos, más correctamente) y entran dentro del límite que da derecho a deducción.

La mayor parte de los que, en mi caso, constituyo, corresponden a este segundo tipo. No obstante, las normas son aplicables a los dos.

84 ¿Cómo se constituye?

El PPPD y sus aportaciones posteriores deben hacerse en escritura pública notarial. ¿Por qué? En nuestro sistema económico jurídico los contratos (el PPPD es uno de ellos) tienen una aspiración de ser respetados por otros ajenos a los que lo firman. Así, que se nos reconozca como dueños de los que se ha comprado; que los jueces los hagan cumplir, que se puedan publicar en registros públicos, que tengan efectos fiscales (normalmente para pagar, pero en el PPPD para tener deducciones)...

Para cumplir eso, el ordenamiento jurídico impone que el contrato tenga unos ciertos controles: control de legalidad, identificación de los otorgantes, que se les ha informado y explicado lo que hacen, determinación de la fecha, que lo que se dice que se aporta o paga realmente se paga, etc. Estos controles se hacen por un funcionario seleccionado por el Estado una vez acreditadas las condiciones de preparación que este considera convenientes, y actuará en la forma que determina. Cuanto más importantes son estos efectos o más pueden afectar a intereses públicos (deducciones, por ejemplo; personas con discapacidad), mayor es la exigencia de documento público.

En cuanto a los documentos públicos, si hay acuerdo entre los que firman el PPPD, corresponden al notario y se llaman «escritura pública»; si no hay acuerdo, corresponden al juez/a y son alguno de los tipos de resoluciones judiciales. Estas son las dos formas de crear un PPPD.

Al crearlo, se incluirá un inventario de los bienes que inicialmente lo constituyen, las normas que determinen sobre su administración y el destino final que dará a los bienes que queden al extinguirse.

Ya que interviene un funcionario público, este deberá comunicarlo al Registro Civil para que publique la representación legal que crea la ley; al fiscal para que tenga constancia del patrimonio que pasa a controlar, y a las entidades tenedoras de los fondos que se puedan haber aportado. También, si se aportan inmuebles, se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

85 ¿Quién puede crearlo?

En primer lugar, si tiene capacidad suficiente, el beneficiario, que recibe unos bienes, aunque también puede aportarlos él, como hemos visto. Este es el supuesto habitual en discapacidades físicas, sensoriales o intelectuales moderadas que habrá que analizar individualizadamente.

Si no tiene capacidad suficiente, sus padres, tutor o curador. En cuanto a los padres, surge la duda de si los progenitores como titulares de la patria potestad (lo que excluye a los mayores de edad no incapacitados, contra la intención general de la ley 41/2003 y la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) o, simplemente, por su relación de parentesco. No está resuelto por la ley que lo regula, pero un análisis de la evolución de esta norma a lo largo de los proyectos (desde referirse a la situación de incapacitación jurídica a la de capacidad suficiente, independiente de aquella; el texto evolucionó, aunque la exposición de motivos de la ley no), y el sentido de las dos normas que se han reseñado, nos lleva a entender que los padres, como tales, pueden constituir el PPPD de su hijos mayores, sin incapacitar y sin capacidad intelectual suficiente.

En cuanto al curador, ¿por sí solo o con el incapacitado? El curador complementa al incapacitado, no lo sustituye. El respeto a su «capacidad suficiente», en este caso reconocida en la sentencia de incapacitación para actuar complementado por el curador, parece aconsejar que intervengan los dos.

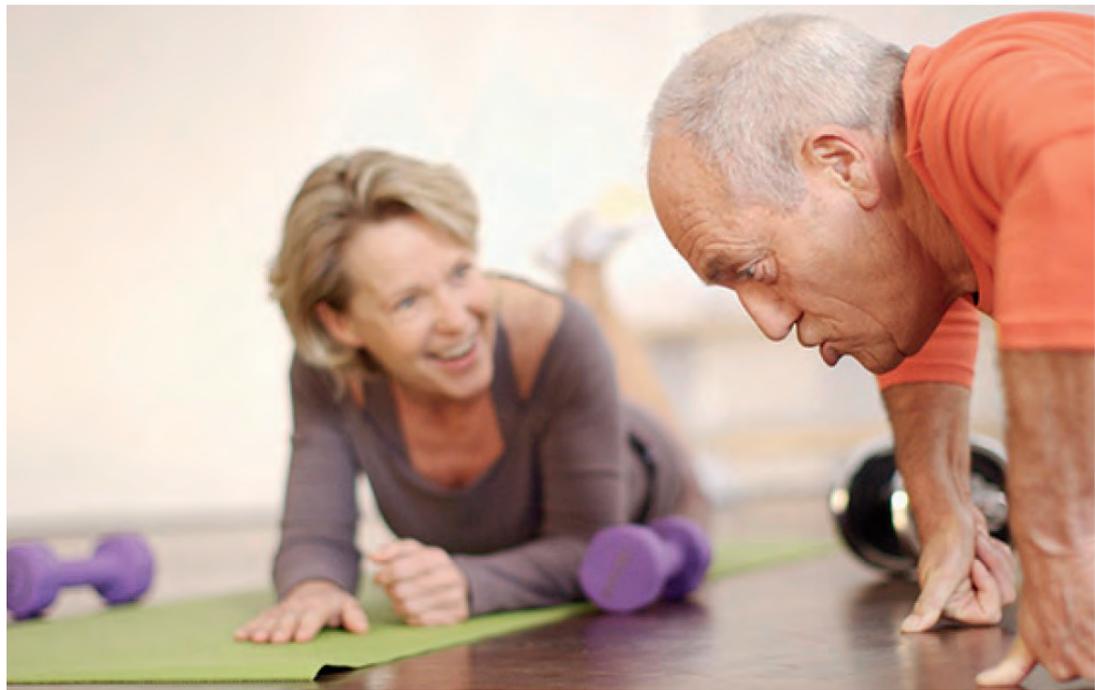
En último lugar, el guardador de hecho en un supuesto muy concreto.

86 ¿Cómo se administra?

Al crearse el PPPD se fija el sistema de administración. A este respecto debemos distinguir dos casos:

- Si se crea por el propio beneficiario —por lo tanto, con capacidad suficiente—, puede determinar como quiera el régimen de administración. De igual modo puede, fuera del PPPD, otorgar poderes para que se administren sus bienes con entera libertad, y hacerlo con aquellos que integrarán este tipo de patrimonio.
- Si se crea por alguna de las personas que se han citado, a falta de esta capacidad suficiente por el beneficiario, se determinará el sistema de administración (en realidad, lo principal es la determinación de quién ostentará este cargo y el sistema de su sustitución). Es preciso incluir la autorización judicial para aquellos supuestos en los que la necesita el tutor en los artículos 271 y 272 del Código Civil, entre los que figuran los que pueden suponer una situación de mayor riesgo para los bienes de los tutelados, respecto de los de mayor valor. Por ejemplo, para disponer de bienes inmuebles. Respecto de los actos ordinarios de gasto que pueden afectar a un patrimonio protegido, no haría falta.

No obstante, hay dos excepciones. Por un lado, en atención a las circunstancias del caso, se podrá pedir al fiscal que solicite al juez/a una autorización general para estos



actos. Por otro, no será necesaria la autorización judicial cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente para el acto de que se trate. Recuerda a la situación de los titulares de la patria potestad, que no la necesitan si el menor tiene más de 16 años y lo consiente, sin perjuicio de que siga sujeto a la patria potestad hasta los 18. Un aspecto que no debemos olvidar es que la ley define como representante legal, respecto de los actos referentes al patrimonio. Así, junto a los casos de representación legal conocidos (en que una persona actúa en nombre de otra autorizado por la Ley), los padres y el tutor, se añade un tercero, lo que da consistencia jurídica a las facultades del administrador del patrimonio.

87 ¿Puede intervenir el beneficiario en su gestión?

La ley 41/2003 utiliza en bastantes ocasiones, refiriéndose al beneficiario, los términos «capacidad de obrar suficiente», en vez de los del anteproyecto, «plena capacidad de obrar», que hace referencia a los menores e incapacitados que no la tienen. Ahora la cuestión es: ¿suficiente para qué? Y la respuesta deberá ser: «suficiente para cada acto que se pretenda hacer», lo que encaja, además, con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, integrada en nuestro ordenamiento jurídico.

El beneficiario con capacidad suficiente intervendrá en su constitución. Si la tiene, no puede ser sustituido por otros; fijará las normas del patrimonio, sus administradores, aceptará las aportaciones que se hagan. Pero la fijación del destino final de los bienes que queden a su extinción quedará reservada al aportante.

El beneficiario también intervendrá, si tiene capacidad suficiente, en la realización de los actos importantes de disposición, excluyendo la autorización judicial, como se ha visto. Fuera de lo dispuesto en la ley, pero conforme a la Convención, el beneficiario con capacidad suficiente deberá ser informado de los asuntos económicos que le atañen; entre ellos, los referentes a su patrimonio protegido, que, no olvidemos, es suyo, aunque otro lo administre.

88 ¿Tiene algún tipo de control?

A diferencia de otras situaciones que están controladas por el juez/a, en los asuntos referentes al PPPD corresponde la supervisión al ministerio fiscal. Este a su vez es quien pedirá al juez/a la adopción de las medidas que considere convenientes, con muy amplias facultades. De ese modo podrá pedir la sustitución del administrador o cambio de las reglas de administración, medidas de fiscalización, cautelas, incluso su extinción y también, dice la ley, «cualquier otra medida de análoga naturaleza». Por otro lado, cuando no sea administrado por el beneficiario o sus padres, se establece la obligación de rendir cuentas, también al fiscal.

89 ¿En qué consisten los beneficios fiscales?

Decíamos que el Estado, la Administración, cumple una obligación constitucional fomentando los patrimonios protegidos mediante medidas de carácter impositivo. En España hay dos sistemas. Uno con carácter general, regulado en el capítulo III de la ley 41/2003, de enorme complejidad y con soluciones que, aparte de esa complejidad, han sido a menudo muy criticadas. Basta fijarse en que la regulación en sí misma no llega a ocupar dos páginas del BOE (capítulo I), mientras que las normas fiscales (capítulo III) ocupan tres. El otro sistema es aplicable en el País Vasco (la regulación del IRPF está transferida a las Diputaciones Forales, que lo regularon en 2007).

Resumiendo, la legislación del sistema general:

- En cuanto al beneficiario: respecto de la suma de 24.250 €, cada año se considera sujeto al IRPF, si bien tiene un tope bastante cercano que está exento. En cuanto al exceso, tributará como una donación.
- En cuanto al aportante: la suma de 10.000 € por persona y año, aportadas por parientes dentro del tercer grado (hasta los tíos) o el cónyuge, son deducibles de la base imponible general, por lo que mi ahorro fiscal será el tipo marginal que tenga en este impuesto (si llego a pagar, en el último tramo, el 37%, y aporto 10.000 €, me ahorro 3.700 €). Y si me paso del límite, puedo utilizarlo los cuatro años siguientes, siempre con un límite total de 24.250 € anual para el conjunto de los aportantes. Ahora bien, si lo aportado se transmite en el año presente o los cuatro posteriores, hay que devolver lo deducido con intereses de demora. Menos mal que se consiguió en 2009 una modificación consistente en que lo gastado en atenciones del beneficiario no se consideraba transmisión, porque la Agencia Tributaria, en consulta, había decidido que sí.

Lo que se aporte, si no es dinero, no genera ganancia patrimonial en el IRPF, pero el periodo de adquisición y su valor se trasladan al titular del patrimonio, si lo transmite (o sea, que paga él por mi ganancia fiscal y por la suya).

En el sistema del País Vasco, simplemente, la aportación no genera ganancia patrimonial, y se deduce de la cuota un 30% de lo aportado, con los mismos límites. En el Impuesto del Patrimonio hay una invitación a las Comunidades Autónomas para que lo declaren exento, pero no han hecho mucho caso de ella.

Y el acto de aportación no tributa, ni por Impuesto de Donaciones ni por el de Transmisiones Patrimoniales.

90 ¿Cómo se extingue?

Como causas de extinción se prevén el fallecimiento del beneficiario o que pierda esta condición. Es decir, que disminuya su discapacidad por debajo de los niveles que hemos visto (33 o 65%).

Si hay bienes en el patrimonio, en primer lugar se les dará el destino que se hubiera previsto al hacer las aportaciones; si no hubiera suficiente (lo más normal, pues parte se habrá empleado ya, salvo que se trate de bienes de los cuales se haya empleado solo sus rendimientos), se le dará otra análoga y en proporción al valor de las distintas aportaciones realizadas.

Si no se ha determinado nada, en el caso de recuperación de la capacidad se integra en su patrimonio personal y pasa a administrarlo su titular. En el caso del fallecimiento, se integrará en su herencia e irá a sus herederos conforme a las normas de aplicación en esta materia.

11. VOLUNTADES ANTICIPADAS

91 ¿Qué es el llamado «testamento vital»?

El llamado (incorrectamente desde el punto de vista jurídico) «testamento vital», «documento de voluntades anticipadas» (DVA) o de «instrucciones previas», según las legislaciones, es un documento en el que un futuro paciente deja fijada su voluntad ante los tratamientos médicos que pueda necesitar el día de mañana, en el caso en que no pueda decidir por sí mismo. Por lo tanto, normalmente va orientado a determinar cómo queremos ser tratados en el proceso final de nuestra vida.

Aparece en nuestro ordenamiento jurídico tras el Convenio de Oviedo, de 1997, ratificado por España, en el que se incluía una norma que indicaba que: «Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad» (art. 9). A partir de aquí se inició, tanto a nivel nacional como autonómico, un proceso para su regulación legislativa, de modo que, desde el año 2000 hasta el 2006, se dictan disposiciones generales (Ley 41/2002) y autonómicas que lo regulan.

92 ¿Qué documentos contiene?

Fijándonos en su contenido básico, instrucciones acerca de nuestros tratamientos (en principio bastaría con el contenido determinado en la Ley 41/2002 estatal: «cuidados y el tratamiento de su salud»). En el caso de que no estemos en condiciones de determinarlas en el momento en que se van a aplicar, debemos fijarnos en dos tipos de personas.

Por un lado, el que en el momento de otorgar el testamento vital no conoce la patología que muy previsiblemente ponga fin a su vida. En este caso, el sujeto sabe que un día fallecerá, pero no cómo. No obstante, es habitual tener una idea muy clara acerca de cómo desea ser tratado. Está generalizada una idea de rechazo del encar-

nizamiento terapéutico, es decir, de que, llegado el caso, nos mantengan con vida con tratamientos que simplemente la prolongarán en condiciones que rechazamos. Estos sujetos suelen dejar dispuesta su voluntad de que no se prolongue su vida por estos medios, sin perjuicio de medidas dirigidas a paliar el dolor, aunque por otros medios pudiera prolongarse, sin solución, aquella.

Por otro lado, tenemos el paciente ya enfermo de una patología que, muy previsiblemente, acabará con su vida. En este supuesto es conveniente la información médica acerca de los tratamientos concretos aplicables a su patología, permitiendo bastante precisión acerca de las instrucciones a los sanitarios sobre cuáles autorizamos o cuáles no.

93 ¿Podemos delegar en otro estas decisiones?

Otro posible contenido es la designación de quién queremos que sea nuestro interlocutor ante Sanidad para estos supuestos (siempre para el caso de que no podamos decidir nosotros mismos). Con diferentes denominaciones, según las legislaciones aplicables (interlocutor, intérprete, representante), tendrá una doble función:

1. Será el representante ante los sanitarios en los supuestos en que es preciso consentimiento;
2. será el intérprete de lo dispuesto en el DVA.

No podrán ejercer este cargo una serie de personas consideradas incompatibles, por su intervención en el documento o por concurrir intereses distintos de ejercer la voluntad de otorgante: los que intervienen al otorgarlo (notario o funcionarios ante los que se hace o los testigos); aquellos encargados de aplicar estos tratamientos, y personal de entidades financiadoras de ellos o de entidades privadas de seguros médicos (en el País Vasco y Andalucía, respectivamente; las legislaciones autonómicas, sobre una base general, han ido añadiendo normas concretas que, por prudencia, conviene tener en cuenta en otros sitios).

94 ¿Qué otro contenido puede tener?

Pueden incluirse otras disposiciones aplicables en la situación en que nos encontramos, aunque no estén expresamente reguladas en cada legislación autonómica.

De ellas, la más admitida es la de determinar el destino del cuerpo o donación de órganos. La legislación sobre trasplantes los permite si no consta expresamente la oposición, y que «la persona a la que corresponda dar su conformidad» indique si hay tal instrucciones; en la práctica, no se lleva a cabo un trasplante sin autorización de los familiares. Pese a ser el país con más trasplantes, esta es una materia en la que es útil seguir mejorando. Las negativas familiares han alcanzado un porcentaje bajo pero considerable (pensemos en que cada rechazo familiar probablemente provoque la muerte de varias personas). Aparte de la situación violenta en que se pone al que tiene que prestar autorización y al que tiene que pedirla, en una situación delicada.

El DVA con donación de órganos permite prescindir de estas autorizaciones, lo indique su ley reguladora o no, porque consta expresamente la voluntad en tal sentido. Aunque no lo mencionen estas normas, no olvidemos incluir una autorización para la extracción y utilización de tejido cerebral, que no irá destinado a ser trasplantado sino a investigación, y que necesita un permiso expreso.



Hay también otras previsiones reguladas en alguna norma autonómica, pero igualmente aplicables a todas: exposición de objetivos vitales y valores personales. Se tratará de un elemento ideológico que ayudará a la interpretación del documento. Aunque parezca extraño, es el supuesto más habitual históricamente hasta hace algunos años, en cuanto a manifestaciones (en los testamentos) de profesar un religión, que a su vez comprendía entre sus normas un estilo de vida y de fallecimiento, normalmente acompañadas de instrucciones sobre enterramientos y otras de carácter religioso.

Son notables las previsiones de NO ser informado en caso de diagnóstico fatal, con designación de otras personas a las que comunicarlo, y las instrucciones sobre acompañantes en el momento del exitus («salida»), así como el trato a dispensar a estas personas.

La posibilidad de que la mujer ordene diferir la aplicación de las instrucciones hasta después de un alumbramiento. Esta solución, regulada en La Rioja, sería también admisible en las demás legislaciones que no la contemplan.

95 ¿Qué no se puede incluir?

Hay excepciones a lo que se puede incluir y, si se incluye, al carácter obligatorio que tiene su contenido.

Por un lado, las disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico. Concretamente, sobre eutanasia. Pese a que en algunos comentarios sobre esta legislación se mantenía su rechazo porque se interpretaba que estaba dirigida en este sentido, el testamento vital no puede amparar la práctica de la eutanasia, prohibida por nuestras

leyes. Desconectar los soportes vitales no es matar a un paciente, lo mismo que no practicar una operación tampoco. El paciente se muere por su enfermedad; lo único que normalmente pretende es no sufrir más (aunque también me he encontrado con una persona que lo que quería era que le prolongaran la vida todo lo posible; también esto puede ser el contenido de un documento de este tipo).

Relacionadas con lo anterior, las disposiciones contrarias a la *lex artis*. Por tal podemos considerar el «conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la Medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente».

Y, finalmente, disposiciones que no correspondan al supuesto de hecho previsto al otorgarse (por ejemplo, disposiciones para un tratamiento de cáncer que se plantea si son aplicables si el paciente ingresa tras un accidente de tráfico y su consecuente politraumatismo) o, añaden algunas, contraindicadas con su patología.

96 ¿Cómo se hace?

Para examinar las formas previstas debemos tener en cuenta que el objeto de este documento gira sobre la vida de las personas. Por ello, es natural que las legislaciones adopten el máximo nivel de seguridad jurídica. Y ello, en nuestro país, incluye la intervención de un funcionario competente para juzgar la capacidad, asesorar sobre la materia y acreditar qué y cuándo se hace. Por ello, esta legislación ha regulado, unánimemente, que debe otorgarse por escrito y ante notario o ante el funcionario encargado del correspondiente registro (en la línea de otros documentos con contenidos personales cuyas competencias eran y son compartidas, por ejemplo, por notarios y los jueces encargados de Registro Civil, hoy los secretarios).

La legislación, probablemente por influencia de EEUU, donde nació este documento, y donde no hay notarios en el sentido europeo ni registro, ha incluido su otorgamiento ante tres testigos. Pero, después de admitirlo, se incluyen las incompatibilidades para serlo. No se puede ser testigo en caso de matrimonio (algunas añaden pareja de hecho), parentesco (normalmente segundo grado) o relación patrimonial, lo que es difícil de comprobar. Estas «relaciones» se van ampliando con conceptos igualmente imprecisos, hasta llegar a la Comunidad de Madrid, que es la que más límites pone (relación patrimonial, laboral, profesional, de servicio u otro vínculo obligacional) y lo remata con la comprobación del funcionario, requisito para inscribir. Después de todo esto, queda poco margen para los testigos.

97 ¿Quién puede hacerlo?

Las legislaciones incluyen tres requisitos:

1. Ser mayor de edad. Hay algunas variaciones relacionadas con menores emancipados o incluso no emancipados, aproximándose a criterios médicos sobre el menor al que se le reconoce capacidad suficiente para determinadas prácticas médicas (recordemos, a modo de ejemplo, la reciente polémica acerca de la capacidad para abortar de mayores de 16 años).
2. Ser capaz. Esto puede superponerse al requisito anterior, pero hace referencia a las personas incapacitadas (hoy «con la capacidad modificada judicialmente»). También hace referencia a la apreciación de la capacidad por el funcionario auto-

rizante, regulado en general en la legislación notarial. Un ejemplo de la imprecisión en relación con el funcionario encargado del registro es la previsión de la legislación vasca: en caso de duda, el funcionario deberá consultar el Registro Civil, en el que, ante una situación de falta de capacidad mental momentánea (ebriedad, estar bajo influencias de drogas, situaciones que nublan la capacidad), no constará normalmente limitación alguna.

3. Ser libre, que citan casi todas las legislaciones. Esto nos puede conducir a la apreciación de capacidad, especialmente dirigida a la ausencia de influencias externas (por ejemplo, pareja en la que uno de sus miembros impone al otro la firma de un determinado documento).

98 ¿Es obligatorio?

La respuesta es en este caso clara: sí. En un doble sentido: por un lado, obliga al personal sanitario, de la misma forma que le obliga si el paciente está consciente y le niega la autorización (el consentimiento informado, que es un principio básico en esta materia desde la Ley de Sanidad de 1986) para una determinada actuación. Por otro lado, es una norma protectora frente a cualquier posible reclamación de alguno o algunos familiares (por ejemplo, en el supuesto de varios hijos con opiniones distintas acerca del posible tratamiento). Pensemos que estamos en una situación muy emotiva para todos los relacionados con el paciente, que puede dar lugar a problemas o a reclamaciones tras el fallecimiento.

¿Siempre obligatorio? Debemos excluir esas actuaciones que se veían en una pregunta anterior como excluidas: las contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* o contraindicadas con su patología.

Finalmente, las legislaciones de Valencia, Madrid y Murcia cotemplan la objeción de conciencia del médico, normalmente regulando que se pongan por la Administración los recursos suficientes para que se cumpla la voluntad anticipada por otros facultativos.

99 ¿Cómo se entera el médico de mis voluntades anticipadas?

Las legislaciones regulan, por un lado, el documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas y, por otro, un registro. Los documentos otorgados se inscribirán en un registro autonómico; más tarde se reguló un registro central, en el que se incluye la información acerca de las personas que lo han otorgado. Para que esto sea efectivo, es requisito indispensable que los registros se lleven por medios informáticos, único medio por el que se puede garantizar la necesaria rapidez para que el sistema sea efectivo.

En consecuencia, desde el hospital en el que esté ingresado se consultará el registro central, desde el que se obtendrá el contenido para poder ser aplicado, sin depender de si se ha entregado en él el documento escrito.



100 ¿Puede cambiarse o anularse?

El documento otorgado siempre se puede cambiar o anular. Es más, no se aplica en caso de ejercicio por el paciente del consentimiento informado. En este último caso, cede un requisito esencial: que el interesado no esté en condiciones de prestarlo.

Todas las legislaciones prevén la revocación del documento de voluntades anticipadas. Lo que no está claro es si se admite la revocación tácita, admitida expresamente en cinco Comunidades Autónomas. El supuesto concreto es que el documento posterior revoca al anterior (detallado en nuestras leyes en materia de testamentos, por ley el testamento posterior revoca TODO el anterior, no solo lo que se haya cambiado, salvo que se diga otra cosa). Por este motivo, será conveniente que, al hacer un segundo documento, se indique expresamente si el anterior mantiene su validez (por ejemplo, un documento posterior que simplemente cambie el representante, que puede haber fallecido; será conveniente indicar qué pasa con el resto del contenido, el que se refiere a las medidas médicas o trasplantes).

100

PREGUNTAS SOBRE DERECHOS
DESPUÉS DE LOS CINCUENTA

FUNDACIÓN ÆQUITAS
ASOCIACIÓN UNITER DE EX EMPLEADOS DEL BBVA