

LA DISCAPACIDAD Y LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO

Manuel María Rueda Díaz de Rábago.

Bilbao, 6 de junio de 2017

Dentro del Derecho Privado las normas forman un cuerpo normativo independiente cuando toman como referencia unos criterios básicos diferenciados del cuerpo común del que formaban parte. Así, el Derecho Civil, como cuerpo principal dentro del Privado, parte de unas bases de igualdad de todos sus sujetos en sus capacidades, en la defensa de sus intereses, lo que provoca unos medios para robustecer la seguridad jurídica: presunción de buena fe, criterios subjetivos en las relaciones reguladas, y otros. Cuando aparecen unos intereses que representan criterios diferentes, se independiza un cuerpo de normas para formar un sistema jurídico distinto, que sirve mejor a estos intereses. Así podemos verlo con la formación del Derecho Mercantil en los siglos pasados, que acude a criterios objetivos, distintas bases para la seguridad jurídica (basta examinar la letra de cambio, su formalismo y automática ejecutividad, que dentro del ámbito mercantil es una herramienta adecuada, pero cuando se presume que los usuarios no comerciantes conocen sus formalismos y los efectos de cada posición jurídica, falla).

En el siglo XXI podemos asistir al desarrollo de cuerpos normativos que atienden a criterios distintos y van utilizando normas específicas. Por ejemplo, el Derecho de los Consumidores y el Derecho de la Discapacidad. Aún no forman una disciplina específica, pero se empiezan a regir por normas especiales.

Centrándonos en la discapacidad, van naciendo dos tipos de normas. Unas, específicas para los sujetos interesados, las personas con discapacidad y otras aplicables a todos los sujetos, con o sin discapacidad. Por referirnos sólo al ámbito civil, un claro ejemplo es la Ley 41/2003, que crea el Patrimonio Protegido de estas personas, modifica artículos del Código Civil teniendo en cuenta esta situación, y desarrolla algunas normas útiles para este fin, como el artículo 831 (fiducia sucesoria, de la que se ha hablado aquí) y el contrato de alimentos. Debemos hacer referencia también a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2006, integrada en nuestro Ordenamiento Jurídico en 2008, en la que, referente al Derecho Civil, cambia el criterio clásico, aún vigente, de nuestro Código (las personas “que no pueden gobernarse por sí mismas” son apartadas del ejercicio de sus derechos, que se realiza por otro, lo que se traduce en la tutela), por el sistema desarrollado en el artículo 12, según el cual, y es norma vigente de nuestro Ordenamiento Jurídico, las personas con discapacidad, o sea, las que no pueden o tienen dificultades para gobernarse por sí mismas, han de ser objeto de apoyos que serán controlados por una autoridad, para que puedan ejercitar, ellas mismas, sus derechos.

Es decir, que incluidas en lo que estoy denominando Derecho de la Discapacidad, que por ahora carece de un reconocimiento específico, hay dos tipos de normas. Unas van destinadas directamente a estas personas. Otras se refieren a los ciudadanos en general, pero son útiles para obtener los efectos que permitan mejorar su situación.

Centrándonos en la Ley 5/2015, la palabra discapacidad aparece una vez, en una norma específica para ellos. Se trata del artículo 28.³¹, referente a una de las causas que motiva la revocación automática de todas las disposiciones del testamento mancomunado entre miembros de un matrimonio o pareja de hecho por su extinción. Exceptúa de esta revocación aquellas realizadas a favor de un hijo menor o discapacitado.

En el grupo de normas no establecidas pensando en la discapacidad, pero útiles para su atención, debemos encuadrar la nueva regulación de las **legítimas**, el **poder testatorio**, el **testamento mancomunado** y el **pacto sucesorio**.

¿Por qué? La situación económica en que se encuentran las personas con discapacidad es que generan más gastos que las que no la tienen, gastos derivados de la atención a la causa que la genera, tratamientos, apoyos físicos (sillas de ruedas, máquinas especiales, monitores, asistentes...). Por el contrario, generan normalmente menos ingresos que los demás, tienen mayores índices de paro o trabajos peor pagados. Esto provoca que deban acudir a una fuente de financiación secundaria (independientemente de la atención que se les pueda asignar vía dependencia, que suele ser insuficiente). Esta fuente es el ahorro familiar, el patrimonio de la familia. Por ello, son necesarias herramientas que permitan asignar este patrimonio a la atención de estas personas. De ahí la utilidad del testamento mancomunado, el poder testatorio y el pacto sucesorio, herramientas útiles para ello, la nueva configuración de la legítima. Así se hizo en el Código Civil en la limitada reforma de la citada Ley 41/2003 (fiducia sucesoria, alimentos y una ligera modificación de la legítima, además del Patrimonio Protegido) y así se ha hecho con la Ley 5/2015 con las instituciones que he señalado.

Una segunda cuestión es la conveniencia de que la administración de este patrimonio familiar se realice por los más cercanos al discapacitado, sus padres o afines, o incluso de profesionales. Y de que esta administración se prolongue lo más posible, hasta el fallecimiento del último. Esta situación se puede atender con la figura del comisario y su regulación como administrador y representante de la herencia yacente, con independencia de sus facultades como distribuidor.

Con carácter previo, es preciso tener presente que, en general, en derecho de sucesiones, se parte de un principio general: **la voluntad del causante** es ley de la sucesión. “Ley” o principio que, en los sistemas sucesorios aplicables en España,

1

Artículo 28. *Revocación o modificación a la muerte del cotestador.*

..

3. Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre éstos, dejarán sin efecto todas sus disposiciones, excepto las correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado.

cuenta con numerosas excepciones. En el Derecho Civil Vasco esta idea es elevada a principio ya desde su artículo 4, que la trata con carácter general², y que se va manifestando a lo largo del articulado, en referencia a las numerosas normas que, al tratar alguna institución, han establecido o añadido a sus precedentes “salvo disposición (o pacto) en contrario”, o similares. En suma, la voluntad del causante ha incrementado su importancia con el Derecho Civil Común Vasco.

Veamos ahora instituciones de la Ley 5/2015 útiles en la atención de personas con discapacidad.

2

Artículo 4. *El principio de libertad civil.*

De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero.

1.- La legítima.

Hagamos referencia antes de comentar este punto a dos novedades de la Ley que, aparentemente, no tienen nada que ver con la situación de los discapacitados:

La **responsabilidad del heredero por las deudas del causante**. Podemos considerar como un principio básico del Derecho de Sucesiones que el heredero sucede en los derechos, activo de la herencia, y en las deudas, pasivo de la herencia. La novedad reside en el artículo 21.2, conforme al cual “2. El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación.” La novedad frente a otras legislaciones es ese “hasta el valor de los bienes heredados”; se produce con carácter general, y sin necesidad de sus requisitos, el efecto del beneficio de inventario del Código Civil.

A continuación se establece un derecho a favor de los acreedores de esas deudas que pueden quedarse sin pagar, el **beneficio de separación**³. Los acreedores (lo que se extiende a los legatarios), pueden exigir que, a través del Juez, se haga inventario y se separen estos bienes, que quedarán afectos al pago de sus créditos con preferencia de los acreedores particulares del heredero. En el mismo sentido el 43.3 cuando haya comisario, con la diferencia de que pueden reclamarlo primero al comisario, después al Juez.

La legítima en los derechos continentales.

El **concepto** habitual de legítima suele referirse a una porción de bienes de los que el testador no puede disponer por estar reservados por la ley a determinados parientes. Pero este concepto clásico está demasiado influido por Código Civil. No incluye la legítima de Cataluña, que consiste en parte del valor de la herencia, no necesariamente bienes de esta. Tampoco incluye los sistemas de legítima formal. Fuera de los sistemas que conocemos en España, si giramos la vista hacia los derechos anglosajones, enseguida vemos la idea de que allí no hay legítima. Pero si que hay una porción del valor de una herencia que tiene como destino a personas determinadas por el sistema jurídico, aquí muy detallado por la Jurisprudencia.

Vamos a revisar el concepto de la *“parte del valor de una herencia de la que el testador no puede disponer por reservados por el sistema jurídico a determinadas personas”*, y qué es el sistema sucesorio del País Vasco.

³ Sigue el artículo 21: “3. A los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación que los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.” Luego sigue su regulación, que aquí obviaremos.

En los derechos que se aplican en el País Vasco, y en España en general, tenemos dos tipos: la formal, en la que basta con nombrar a los legitimarios (Fuero de Ayala y Navarra, por ejemplo) y la material, en la que reciben una parte de bienes o una cantidad con cargo a ellos (este último caso, en Cataluña). Lo que se recibe puede ser por partes iguales (como la legítima estricta del Código Civil) o la denominada colectiva, en que debe recaer dentro del grupo de legitimarios (la mejora del Código Civil y la legítima del País Vasco y Aragón).

Característica común: recae en bienes (o su valor en caso catalán) y trata a todos los legitimarios por igual, cualquiera que sea su situación.

En relación con las personas con discapacidad, hemos visto que tienen más necesidades y menos medios, la legítima igualitaria no les soluciona mucho, tienen que compartirla en plan de igualdad con sus hermanos. En la legítima formal pueden ser privados de los bienes al igual que los demás.

En cambio la legítima colectiva les puede venir bien. Permite concentrar bienes en su beneficio. Requisito previo, que haya una manifestación de voluntad por parte del testador o por parte de aquel en quien éste ha delegado: el cónyuge con facultad de mejorar del 831 del Código Civil, que se aplica sólo a descendientes comunes, o la legítima de la Ley Civil Vasca, a través del poder testatorio que ahora veremos.

Por otro lado, la combinación de la parte de libre disposición (que en el País Vasco ha aumentado de uno a dos tercios) junto con el carácter colectivo de la legítima, permite al testador disponer de todo su patrimonio, o los bienes o porcentajes que considere, a favor de la persona que lo necesitará.

Esto ya es una ventaja, pero recordemos que necesita una disposición del testador en este sentido. A falta de ella, todos los legitimarios ocupan la misma posición. Su derecho no depende de su situación subjetiva (sus necesidades) sino objetiva (su parentesco). Y, además, permite la solución contraria: que no se deje nada al discapacitado (en casos en que se piensa que necesita poco y que la Administración se encargará de proveer estas escasas necesidades).

La mayor parte de los países europeos siguen el sistema legitimario de reservar bienes de la herencia o una parte de su valor a favor de unos parientes determinados por su cercanía al causante.

La legítima en los derechos anglosajones

Hemos visto que hay otra vía. Los derechos anglosajones normalmente recogen la libertad de testar. No hay legítima tal como la conocemos nosotros. Pero hay personas con más necesidades que otras, y por ello se otorga la posibilidad de solicitar alimentos a cargo de la herencia que dependerán de la situación de necesidad del solicitante. No requiera una disposición del testador. “se contemplan las llamadas family provisions, por medio de las cuales la autoridad judicial, discrecionalmente, dispone a favor de los dependientes del causante la provisión de bienes sufi-

cientes para sobrevivir o, según los casos, para llevar una vida de nivel parecido a la que llevaban con anterioridad al fallecimiento del causante”⁴.

En este sistema los beneficiarios no están en la misma posición. Su derecho depende de sus circunstancias subjetivas, y no se requiere un acto del causante.

¿Aplicación en Derecho Vasco?

¿Hay alguna aproximación a la consideración de necesidad, sin depender de la voluntad del testador? ¿Hay alguna superación de la voluntad del testador en el caso de que este decida apartar a la persona con discapacidad de la herencia para reservarla a otras personas más “productivas”? Tenemos una leve aproximación que está pasando desapercibida. Parte de las obligaciones de alimentos que tiene una persona respecto de otras. Recordemos que una persona con discapacidad que lo necesite es acreedora de un derecho de alimentos en sentido amplio, conforme al artículo 142 y siguientes del Código Civil, respecto de sus progenitores. Esta obligación se extingue con el fallecimiento del deudor.

Veamos ahora la situación con independencia del poder testatorio. El artículo 21 lo considera como un **gasto de la sucesión**⁵. Tenemos que se pagará con cargo al caudal relicto (21.1); que pasa a los herederos (21.2); que llega hasta el valor de los bienes de la herencia por ser una carga de la herencia (21.2), y que pueden instar el beneficio de separación (21.3). Y lo podemos aplicar también en el caso de comisario distinto al cónyuge o pareja, al que se limita el artículo 43.3.

Utilizándose la figura del **comisario**, el artículo 38 prolonga el deber de alimentos (a cargo de los rendimientos) mientras dure la situación de falta de reparto de la herencia⁶. El comisario y los herederos pueden no ser progenitores del discapaz, y la obligación recaía solo en el causante. Este artículo la prorroga después de su muerte. En el mismo sentido el artículo 43.3⁷. Esta última norma (a cargo de los bienes de la herencia) y añade el derecho de separación; se establece den-

⁴ Miriam Anderson. Una aproximación al Derecho de Sucesiones Inglés”

⁵ **Artículo 21. Gastos de la sucesión y beneficio de separación.**

1. Se pagarán con cargo al caudal relicto:

a) Los **alimentos** debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas, ...

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

3. A los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el **beneficio de separación** que los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.

...

⁶ **Artículo 38. Derecho de alimentos pendiente el ejercicio del poder testatorio.**

Pendiente el ejercicio del poder testatorio, tendrán derecho a alimentos los hijos y demás descendientes del causante en situación legal de pedirlos, con cargo a los rendimientos de los bienes hereditarios, si no hubiera otra persona obligada a prestarlos.

⁷ **43.3.** El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia,

tro del artículo 43.3, que lo regula con un contenido aplicable por defecto en la situación de comisario viudo, pero no hay ningún obstáculo para que se ordene respecto de cualquier otro. Y fijémonos que, en relación con los acreedores a alimentos, no indica que sean descendientes comunes; simplemente han de ser alimentistas del causante. Es decir, la aproximación al sistema legitimario anglosajón en este punto es bastante evidente.

Hasta aquí estos artículos se refieren a descendientes, no necesariamente menores, sino *“en situación legal de pedirlos”* (38).

Más aún. La **Jurisprudencia** ha tratado este tema en caso de discapacidad, en sede de separación o divorcio. El artículo 96 del Código Civil, a los efectos de separación matrimonial, establece un derecho preferente en el uso de la vivienda conyugal a favor de los hijos menores de edad.

Enlacemos esto con el derecho de alimentos, artículos 142 y siguientes del Código Civil. En el primero comprende un primer nivel, incluyendo sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Lo amplía a la educación e instrucción mientras sea menor y aún después cuanto no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

El TS, en sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015, tratando situaciones de alimentos tras procesos de divorcio, ha sentado la siguiente doctrina: *“La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”*. Usando como justificación directa la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y recalcando su ratificación por el Reino de España, afirma sobre la posibilidad de percibir pensión por invalidez, *“no es posible en estas circunstancias ... desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor”*. En cuanto a los derechos del discapacitado, *“son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores... lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”*

Sustituyamos la situación que dispara los alimentos, del divorcio al fallecimiento del progenitor; consideremos los artículos 21, 38 y 43.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco (que no exigen el requisito de la convivencia en el domicilio familiar), y nos resultan unas personas con discapacidad que, independientemente de la legítima, son acreedores de los rendimientos de la herencia (respecto del comisario), repartida o no, o de los mismos bienes del caudal hereditario o del heredero hasta el límite del valor de lo heredado, siendo deudores respectivamente el comisario, como representante del caudal no repartido, o los herederos. Y la situación pasa a acercarse bastante a los derechos de las personas dependientes de otra como alimentistas.

Comparando ambos sistemas, en su base, la legítima continental, entre ellas las españolas, afectan a un porcentaje determinado de la herencia, depende de su valor total, mientras que la anglosajona depende de las necesidades del legitimario. Desde el punto de vista de las personas con discapacidad, lo que les interesa es cubrir sus necesidades, especialmente si estas son superiores a las de los colegitimarios y las posibilidades de cubrirlas por sus propios medios son menores.

Desde el punto de vista de las legislaciones que permiten un apartamiento, expreso o tácito, incluyendo aquí la mejora del Código Civil, el legitimario es susceptible de ser apartado, pero el acreedor de un derecho de alimentos no.

El derecho de alimentos en la Discapacidad.

En el punto anterior hemos llegado hasta el derecho (para unos) y la obligación (para otros) de prestar alimentos. Merece la pena detenernos un poco en relacionarlos con la situación de discapacidad.

En el Código Civil se regulan en los **artículos 142 y siguientes**. Debemos prestar atención a varias normas: el art. 142 en sus dos primeros párrafos, que incluye la educación e instrucción del alimentista⁸. El 143, punto final, que lo incluye también en los que deben prestarse entre hermanos⁹. El 146 y 147, también en cuanto a su extensión¹⁰. Y el 150¹¹, que podemos considerar excepcionado por las normas de la LDCPV que ya hemos comentado: en relación con el derecho sucesorio vasco, no se extinguen por fallecimiento del obligado a prestarlo, continúan a cargo de su herencia.

Centrémonos en los conceptos “educación e instrucción” de la obligación de prestar alimentos, que como hemos visto pasan al comisario y herederos del deudor, centrándolos en la situación de discapacidad del alimentista.

⁸ Artículo 142.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable....

⁹ Artículo 143

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

¹⁰ Artículo 146.

La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Artículo 147

Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

¹¹ Artículo 150

La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

Podemos acudir, dentro de nuestra legislación, a la **Declaración Universal Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico desde su publicación en el BOE el 21 de abril de 2008, con vigencia en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008.

El artículo 24 de la Convención trata ampliamente de la educación como derecho de las personas con discapacidad. Partiendo de un principio de asegurar “un sistema inclusivo a todos los niveles, así como de la enseñanza a lo largo de su vida” para, entre otras cosas, *“Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre”*, contiene normas aplicables al sistema educativo; para brindar *“a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad”*; sistemas de comunicación, haciendo hincapié en el sistema braille y los sordomudos y sordociegos, para terminar asegurando *“que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás”*, con los ajustes razonables precisos.

Es fácil ver que este contenido, al que tienen derecho como alimentistas, excede bastante en la discusión a veces planteada en la jurisprudencia acerca de sufragar los gastos de educación privada o pública. Es mucho más duradera (*durante toda su vida*) y completa, es decir, una formación continua para permitir o mejorar su integración en la vida normal, como las demás personas.

Intangibilidad de la legítima.

La cuestión de la intangibilidad de la legítima, es decir, la prohibición de limitaciones a estos derechos, ocupa poca extensión en la LDCPV. No obstante, si la comparamos con lo que hasta la Ley era nuestro Derecho Común, hay alguna diferencia reseñable.

La Ley se ocupa en un solo artículo, el 56. En su primer párrafo establece que la prohibición de lesionar la legítima no afecta a la “sustitución o gravamen” a favor de otros sucesores forzosos, que son todos los descendientes del causante, y su cónyuge o pareja inscrita. En el segundo que tampoco constituyen lesión de este derecho los reconocidos al mismo cónyuge o pareja ni el usufructo universal.

Pongamos esto en relación con dos situaciones: la primera, la probable conveniencia de establecer apoyos a la persona con discapacidad descendiente para la gestión o administración de su patrimonio. Queda abierta la puerta a establecer cualesquiera sistemas de administración, control o apoyo en la gestión del patrimonio heredado, siempre que los titulares de tales apoyos sean el cónyuge del causante (no necesariamente progenitor suyo) o cualquiera de sus otros descendientes.

La segunda situación da solución a un problema práctico que se plantea más a menudo de lo que parece. Habiendo un patrimonio familiar que se destine a un descendiente con discapacidad, al faltar éste pasará a sus herederos legales (nor-

malmente hermanos o sobrinos) con un coste fiscal superior al que se pagaría si estos lo heredan directamente del ascendiente común. Esto lleva a dejar apartado, sin herencia, al que más lo necesita. A través de sustituciones, por ejemplo, una sustitución fideicomisaria de residuo en la que el titular con discapacidad pueda, con los apoyos establecidos como hemos visto, disponer a título oneroso y gastar lo heredado. El resto pasará a los fideicomisarios, que civil y fiscalmente estarán heredando al ascendiente, con un coste de impuestos sensiblemente inferior, lo que desincentiva el apartamiento de la persona con discapacidad.

Usufructo viudal

En esta materia de intangibilidad de la legítima debemos traer a colación la ampliación que se da en la Ley al usufructo del viudo en relación con la legítima¹². Aún dicho de una forma indirecta, el testador puede establecer el usufructo sobre toda la herencia a favor del viudo o pareja de hecho inscrita, incluso sobre la legítima, pues abarca a todos los bienes. En consecuencia, nos encontramos liberados de la extensa utilización de la cautela soccini, que busca este mismo resultado en un sistema, el del Código Civil, que no lo permite, a base de amenazar a los legitimarios con la legítima estricta.

Además, podrá el testador hacer compatible este legado con la atribución de la parte de libre disposición, dos tercios de la herencia, por lo que el viudo podría llegar a recibir dos tercios de la herencia en pleno dominio más el usufructo de la legítima. En ocasiones en que se pretende mantener el patrimonio familiar en manos del sobreviviente de los cónyuges, como es corriente en casos de discapacidad de algún descendiente, es un paso importante que no llega, no obstante, a las amplias facultades de la figura que veremos a continuación.

12

Artículo 57. *Usufructo universal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.*

El causante podrá disponer a favor de su cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 55. Salvo disposición expresa del causante, este legado será incompatible con el de la parte de libre disposición.

Si el causante los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

2.- El comisario

La figura del comisario responde a una tradición en el Derecho Vizcaino y a una tendencia en el sistema general sucesorio, que va en oposición al estricto principio general del Código Civil de que el testamento es un acto personalísimo, que no puede encomendarse a otros. Así, en el sistema del Código se introduce tímidamente en el año 1981 y se desarrolla enérgicamente en su reforma del año 2003.

Una situación bastante habitual es la de un matrimonio con descendientes, alguno de los cuales tiene una discapacidad. Viviendo los dos, ambos administran y disponen del patrimonio familiar que han generado o heredado. Normalmente hay un interés en dedicarlo a la atención prioritaria del descendiente con discapacidad, y pueden hacerlo. Esto puede incluir atribuciones de bienes o mejoras a su favor, o incluso al de su cuidados. Cuando uno fallece, es común el deseo de que el superviviente tenga esas mismas facultades. Pero esto choca, por un lado, con la intangibilidad de la legítima, que ya hemos visto que puede obviarse con el usufructo viudal. Por otro, con la prohibición del Código Civil de delegar la facultad de testar en otro, tradicional en el sistema jurídico que hemos seguido hasta ahora.

La corriente es común con el resto de los territorios de aplicación del Código, y hay una sensibilidad legislativa tendente a permitir delegar facultades de este tipo, de distribución por el superviviente de la herencia del primer fallecido. En este sentido tenemos las modificaciones del art. 831 del Código Civil en 1981 y 2003, que han permitido con bastante amplitud esta delegación de facultades distributivas.

En el Fuero de Vizcaya teníamos ya una construcción que lo permitía, el poder testatorio, y la actual Ley lo ha modernizado y ampliado para todo el País Vasco.

Mediante esta figura el disponente puede prolongar la situación de indivisión de la herencia durante un plazo, normalmente vitalicio, durante el cual sus facultades en relación con su sucesión se transmiten a otra persona. Esta persona, en nuestro Derecho, se llama comisario, y el instrumento formal a través del cual éste ejercerá algunas de las facultades transmitidas se llama poder testatorio.

Básicamente, las facultades atribuidas al comisario se agrupan en tres categorías: disfrutar de la herencia como usufructuario; administrarla y representarla, y distribuirla. La amplitud concreta dependerá de lo ordenado por el disponente, si bien, dado su origen en el matrimonio, se regula un contenido detallado para el caso de que el comisario sea cónyuge o pareja de hecho inscrita, también modificable por el disponente.

El origen parte de la consideración de un conjunto de bienes de la familia (privativos o comunes) destinados a la atención en primer lugar de los gastos de los miembros de la familia, bajo la administración de los progenitores. Administración que se prolonga en el sobreviviente mediante la fiducia sucesoria (desarrolla-

da en el Código Civil en 1981 y 2003) y la figura tradicional del comisario o usufructuario poderoso de los fueros vascos se permite que, fallecido uno de los cónyuges, el otro pueda continuar con la administración y determinar el destino futuro de los bienes para cuando falte. La presente ley toma el comisario del Infanzonado y lo extiende a todo el País Vasco, pero modernizándolo. Como es tradicional, no se limita a la pareja de progenitores; se pueden otorgar las facultades a otros, de dentro o de fuera de la familia. Mantiene un contenido fijado para el caso de pareja, pero este contenido se puede variar y, sobre todo, se puede atribuir a otros. La nueva organización de la legítima, su escasa extensión, permiten que se organice un sistema de administración (que puede no incluir las facultades de disfrute que, con aquella, configuran el usufructo) y posterior distribución de la herencia entre las personas que se indiquen por el testador.

¿Quién puede nombrar y cómo? Puede nombrar comisario, en testamento, cualquier persona (30). En capitulaciones o pacto sucesorio, los unidos por matrimonio o pareja de hecho (31), recíprocamente. En todos los casos, en escritura pública. Se impone la combinación de testamento con intervención de autoridad (notario) y asesoramiento, que permite la eficacia directa desde el fallecimiento.

En los otros testamentos, sin intervención de autoridad, esta actuará después del fallecimiento mediante la adveración, lo que ocasionaría una situación de retraso e incertidumbre que excluyen algunas figuras jurídicas de la sucesión, como el comisario.

¿Quién puede ser comisario? Cualquier persona. En su aplicación más habitual, se mantiene dentro de la familia. El patrimonio familiar quedaba bajo el control de la familia nuclear más limitada, cónyuges, y los hijos como destinatarios finales. La persona con discapacidad se incluía entre los beneficiarios. Por este motivo se detalla en la Ley un contenido concreto para el caso de que el comisario sea el progenitor sobreviviente. Además, se abre la puerta a que sean comisarios los hermanos u otras personas, parientes o no, que tendrán sobre el patrimonio familiar las facultades que pueden ser fijadas por los generadores de ese patrimonio.

Pueden ser **varios**. En este caso, ¿cómo actúan? Si no dice nada el testador, regula el artículo 40 que mancomunadamente, aunque sería más apropiado decir que colegiadamente, puesto que se rigen por mayorías, con voto de calidad del primer nombrado. A través de esta vía se pueden regular mecanismos de control de una persona a la que se encarga la gestión del patrimonio del causante.

Facultades. La ley resulta clara y bastante contundente en este punto. En su artículo 30 indica que *“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.”* Y lo complementa al hablar de sus límites en el 33.1: *“El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio.”* En resumen, podrá hacer todo lo que podía hacer el testador y que este no le haya limitado expresamente.

Obligaciones de la herencia. Correlativamente con la atribución de un régimen para que el patrimonio no quede paralizado, también hay obligaciones que es preciso atender. Recordemos la legitimación procesal que se le ha atribuido en el artículo 43.3. Además, hay que mantener el pago de alimentos de los descendientes (art. 38), con cargo a la herencia yacente, (y aquí traemos a colación lo que se ha indicado sobre la equiparación con las personas con discapacidad) y el comisario está legitimado (y obligado) para la solicitud de tutela o modificación de la capacidad que correspondería al causante si viviera (art. 39).

Extinción

Regula el art. 45 la extinción por una serie de causas: decisión del comitente (revocación o por las causas establecidas en el poder); otras afectantes al comisario (indignidad para suceder, renuncia, muerte, imposibilidad o incapacidad, también por el transcurso del plazo previsto).

Otras causas son específicas para el caso de matrimonio o pareja de hecho: su crisis antes del fallecimiento, o nueva relación sentimental después (aquí expresamente se permite que el testador lo excluya)

El comisario y la discapacidad

Indicábamos que hay dos preocupaciones principales en materia de Derecho Civil y discapacidad: la necesidad de concentrar medios económicos ajenos para la atención de los sujetos, y la necesidad de apoyos (que muchas veces consistirán en una representación completa) para la gestión de sus bienes, incluido este patrimonio.

La figura del comisario contiene básicamente funciones de disfrute (usufructo del comisario), administración y representación de un patrimonio (incluyendo facultades limitadas de disposición), y adjudicación de un conjunto de bienes. Quitando el disfrute por el comisario, las demás entran plenamente en esas necesidades de la persona con discapacidad. Además, es ampliamente configurable por el testador y combinable con el testamento mancomunado y el pacto sucesorio, lo que permite vincular todo el patrimonio familiar.

En cuanto a los sujetos, permite una gran libertad a la hora de designar al comisario. Se podría, por ejemplo, designar a profesionales o personas especializadas para ello.

Ahora procede echar un vistazo a soluciones utilizadas en otros países, cuyos sistemas jurídicos permiten entidades con personalidad jurídica independiente destinadas a la atención de fines particulares (trust y fideicomisos); por ejemplo, la de una persona con discapacidad. Como personas jurídicas separadas, tienen responsabilidad separada por deudas, un sistema de gestión y administración, y un beneficiario. En nuestro sistema Jurídico no están permitidas estas personas jurídicas con fines particulares; sí con fines generales, a través de fundaciones.

Si examinamos la figura del comisario y la situación planteada durante el periodo en que está pendiente la adjudicación de la herencia, podemos ver que hay

un sistema de administración y representación de un conjunto de bienes, con soporte legal, que puede incluir facultades de disposición. También, una persona que actúa como administradora. Y, en cuanto a deudas, una estructura que no llega al completo aislamiento que nos proporciona una persona jurídica, pero que tiene un sistema de separación de deudas que puede solicitarse por los acreedores, además de la facultad del comisario para enajenar bienes para su pago (43.4 el viudo o autorización del testador en otro caso). A lo que unimos la solución fiscal de considerarlo, a estos efectos, como un ente independiente, sujeto pasivo separado de los diversos impuestos. Todo ello altamente configurable por el testador (recordemos que puede nombrarse comisario a una o varias personas, definiendo su forma de actuar, que pueden ser independientes a la familia). El resultado no llega, pero se aproxima a los indicados de los sistemas anglosajones. Y tenemos también un eventual beneficiario que puede ser quien más necesite que otros administren por él un conjunto bienes que van a haberse podido concentrar en su beneficio (como veíamos al tratar la legítima).

Mientras viva el cónyuge-comisario encaja bastante en la construcción recogida en la ley. Para el caso en que falte el cónyuge, el nombramiento de comisario ajeno requerirá un detalle de las facultades atribuidas. El comisario no podrá *“bajo ningún concepto”* modificar lo establecido por el comitente (33), por lo que podemos entender que, estando en principio en su origen la atribución de la facultad de designar sucesor, podría esta excluirse por el testador manteniendo todas las demás hasta terminar en la entrega de los bienes a sus definitivos destinatarios.

Serán soluciones a tratar individualmente, caso por caso, de forma detallada por el testador. Pero hay herramientas para ir cumpliendo estos fines. Incluso la posibilidad de destinar estos bienes al pago de sus gastos, asignándole un usufructo sin dividir la herencia, lo que tendrá lugar cuando el beneficiario ya falte, momento en que se ejercitaría el poder testatorio y se distribuirían los bienes según lo autorizado por el testador.

Campo distinto, pero relacionado con nuestra futura discapacidad, es el que se plantea en la intención de testadores. El esquema es el contrario del que hemos considerado: aquí alguien quiere recompensar los apoyos recibidos hasta su muerte. La idea planteada es dejar una herencia o parte de ella a quien haya cuidado del testador, cuanto este fallezca. Esto plantea un problema, el heredero debe ser determinado o determinable claramente (*“.. omitido el nombre del heredero .. si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido valdrá la institución.”* Art. 772 del Código Civil), y no se puede aclarar cómo se identifica al heredero a quien se quiere beneficiar; ni siquiera se sabe quién será, entre un grupo definido (por ejemplo, los hijos) o algo indeterminado (residencias, instituciones benéficas). Previendo que cuando sea atendido no va a poder hacer testamento. La figura del comisario permite atribuirle a éste la decisión, incluso como facultad exclusiva. Es el reverso de la prestación de apoyos a una persona con discapacidad.

3.- Testamento mancomunado

Estamos ante un testamento que realizan conjuntamente dos personas, con relación o sin ella (aunque lo más habitual es que lo hagan cónyuges o miembros de una pareja, que aquí no tienen por qué ser inscrita). Fijémonos que podrían hacerlo unos divorciados para regular el futuro de los hijos. Se incluye también en este grupo la designación conjunta de comisario.

Pueden hacerlo con aquellos cuya vecindad civil permita esta forma, en cualquier sitio, y deberá adoptar la forma abierta notarial (así, no hilburuko ni los abiertos especiales del Código Civil ni, por supuesto, el ológrafo).

Lo pueden hacer dos personas, no más. Se parte de una relación familiar con dos progenitores, y se deja de lado la posibilidad de que lo hagan más de dos. Por ejemplo, una familia de tres o más personas que quieren asegurar el destino final de los bienes, por ejemplo, en una persona con discapacidad. Mientras tanto, los bienes van heredándose entre ellos. No tenemos esta posibilidad, habrá que acudir a otras figuras que complicarán más la situación.

a.- ¿Qué contenido puede tener? (art. 25) Disposiciones entre los testadores o a favor de terceros.

La especialidad más importante respecto al contenido es la distinción entre disposiciones correspectivas, las que traen causa una de otra, a favor de los testadores o de terceros (por ejemplo, dejo a Patxi porque tu dejas a Andoni). La nulidad de una de ellas provoca la de la otra, influyendo también en la consecuencia de la revocación unilateral. No obstante, la ineficacia de una no produce la de la otra, que simplemente deja de ser correspectiva (a efectos de revocación, principalmente). En el ejemplo anterior, fallecido Andoni se mantiene la validez de la de Patxi, que puedo, sin embargo, revocar.

La correspectividad no se presume, por lo que deberá indicarse qué disposiciones lo son y cuáles no.

b.- Relacionado con el contenido está la **revocación.** Esta es la principal diferencia frente al unilateral, habitual entre nosotros: éste puede ser revocado libremente por el testador, y los demás, normalmente su pareja que probablemente hizo uno igual, no tiene medio de enterarse. En el mancomunado, por lo menos, son notificados.

El mancomunado puede ser revocado por los dos testadores, en testamento notarial o pacto sucesorio.

Viviendo ambos, puede ser revocado por uno, (art. 27), pero tiene como consecuencia que se anulan todas sus cláusulas, y que la revocación debe ser comunicada notarialmente al otro.

Fallecido uno de ellos, el otro no puede revocar las disposiciones correspectivas (art. 28). Tampoco puede disponer a título gratuito de lo recibido por este

testamento en disposiciones correspectivas, sino a favor de los beneficiarios finales.

Y, por último, la extinción o separación del matrimonio o pareja dejan sin efecto sus disposiciones, salvo las que sean a favor de un hijo menor o discapacitado. Se recoge en el artículo 28.3¹³,

Aparentemente el hijo (no menciona a los nietos, que podrían necesitar similar protección) es común, aunque no dice nada. Es decir, podemos deducir que también si es hijo de un solo miembro de la pareja. No obstante, pueden revocarse también las disposiciones a favor del discapaz en las otras formas de revocación.

c.- ¿Cómo puede afectar a las situaciones de **discapacidad?** Hemos visto que una de las preocupaciones en relación con los discapaces es la necesidad de destinar el patrimonio familiar a sus atenciones. Patrimonio que puede ser de bienes comunes o bienes de procedencia diversa. El campo tradicional de esta figura, como la del comisario, era el de una familia tradicional: dos cónyuges e hijos comunes, con un patrimonio común. Pero, al igual que aquella figura, la presente se abre a otras situaciones cada vez más habituales: parejas con hijos comunes y no comunes; patrimonio común (formado durante la vigencia de la pareja, sea en gananciales o separación de bienes) junto con otros bienes privativos, el tradicional de herencia familiar u otros formados antes del matrimonio o constitución de la pareja. La persona con discapacidad puede ser descendiente común, de uno solo de los otorgantes, e incluso ser uno de ellos. Las disposiciones acerca de su cuidado pueden ser muy variadas, y habrá que configurarlas partiendo de la situación económica y personal concreta. Pero aquí tenemos una buena ocasión para relacionar el destino de todo o parte de ambos patrimonios; vincular disposiciones: yo establezco disposiciones a favor de Patxi porque tu las haces a favor de Andoni, como veíamos. Si se anula una, incluso después del fallecimiento de uno de los testadores, caen las correspectivas. Además, si vivo, me lo notifican.

U otra más posible: nos dejamos recíprocamente, a cambio de que al fallecer el segundo los bienes acaben en una persona, y de estas la que tiene discapacidad será la más necesitada. El sobreviviente, no obstante, podrá disponer de, pero no regalar, los bienes heredados. Las dos quedan vinculados.

No podemos exponer un repertorio concreto. He indicado que deberemos partir de la situación económica concreta que se presente. Pero tenemos un arma interesante para utilizar, sin privarnos de un derecho fundamental que es la libertad, plasmada en este caso en la libertad de testar libremente. Además, muy útil en los procesos en que se está gestando o tramitando una separación, que pueden ser bastante largos en los que no se considera conveniente esperar a la firmeza de la sentencia para cambiar el destino de la herencia.

13

Artículo 28. *Revocación o modificación a la muerte del cotestador.*

..

3. Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre éstos, dejarán sin efecto todas sus disposiciones, excepto las correspectivas a favor de un hijo menor de edad o discapacitado.

4.- Contratos sucesorios

Para los usuarios, hasta ahora, del sistema del Código Civil, esa figura supone una novedad que altera todo el esquema del Derecho de Sucesiones. Este sistema prohíbe todo tipo de contratación sobre una herencia futura. La herencia se transmite después del fallecimiento del causante, a través de un sistema (recogido en el testamento) que el causante puede cambiar durante su vida. La nueva ley cambia cuestiones de transmisión de bienes mortis causa, de revocabilidad de disposiciones, de transmisión de bienes de presente. Seguiremos un esquema clásico en derecho en el estudio de instituciones jurídicas, reseñando exclusivamente sus características principales:

1.- Elementos del contrato.

En cuanto a los **sujetos**, una de las características es que no es unilateral. Intervendrá, necesariamente, el titular de los bienes objeto del contrato. Con él, otras personas que serán, normalmente, miembros de la familia. Pero que puede ampliarse a otros, como veremos en el pacto de comunidad.

En cuanto al **objeto**, por un lado, puede afectar a todos los bienes y derechos que constituirán la sucesión del instituyente, bien sean actuales (en los pactos con transmisión de presente de bienes) como futuros. En cuanto a los actos que se pueden incluir, se incluyen todos los que el instituyente puede realizar en relación con la transmisión de su patrimonio actual o futuro. Cita el art. 100 entre los bienes los propios del instituyente, la herencia futura de este, los derechos sobre la herencia futura de un tercero, con su consentimiento; y entre los actos, donaciones mortis causa (art. 102) particulares o universales, y la designación de sucesor (art. 103), con las condiciones que se pacten.

Y en lo referente a la **forma**, habrá de constar en escritura pública (art. 100.4). Sigue la idea de exigir seguridad en cuanto a la formalización y asesoramiento notarial a la hora de establecer un contrato de consecuencias que pueden ser muy graves, tanto de presente como de futuro.

2.- Efectos. Distingue la Ley entre efectos que van a producirse al momento de su suscripción, otros al fallecimiento del instituyente y otros mixtos, el pacto de comunidad.

a.- Transmisión de presente

En este caso la transmisión de los bienes se produce al suscribirse el contrato (o en cualquier momento antes del fallecimiento del instituyente, titular hasta entonces de ellos). La causa lo configura como mortis causa (gratuita u onerosa según la contraprestación pactada), pero la situación prevista en la ley (art. 104) es que tenga una contraprestación, al menos que satisfaga el interés de los instituyentes, la familia y la explotación misma (art. 104). Dentro de este lote puede aparecer

el interés de una persona con discapacidad, alrededor del cual pueden girar las disposiciones del pacto.

En cuanto a deudas, se recalca que los acreedores anteriores del instituyente tienen preferencia sobre los bienes transmitidos.

b.- Transmisión post mortem

En esta segunda modalidad el instituyente designa un sucesor, que recibirá los bienes en el futuro, pero cuya designación ya es irrevocable (art. 105.1). Ahora bien, su posición jurídica no puede ser objeto de disposición ni embargo, y añadimos, en consecuencia, que de gravamen. La causa es similar al apartado anterior.

Y en cuanto a deudas, que los bienes siguen respondiendo de las deudas del instituyente, en este caso también las posteriores al pacto.

c.- Pacto de comunidad.

Se contempla como figura aparte el pacto de comunidad “entre instituyentes e instituidos, bajo la forma de diversas figuras societarias o en régimen de comunidad de bienes”, sin que encontremos un concepto ni una regulación concreta.

Lo que escasamente dispone lo circunscribe al ámbito familiar, pero permite que se incluyan, como instituidos, personas ajenas a él, amparando la situación, muy habitual en la actualidad, de que aparezcan cuidadores ajenos a la familia, que no tiene más miembros. Su regulación queda al ámbito de las escrituras públicas en las que se pacten.

d.- Otras novedades.

Debemos recalcar dos novedades interesantes, analizada esta figura comparativamente con el derecho común.

En primer lugar, que acogen la posibilidad de **renuncia a una herencia futura** (100.2), o de parte de ella, junto con la de disponer de los derechos de una herencia de un tercero, en este caso con su consentimiento. Que no es preciso en el caso de la renuncia, lo que puede incluir que dos personas pacten que una de ellas renuncia a la herencia de un tercero (el esquema sería: te transmito, de presente o de futuro, algo, a cambio de que renuncies a la herencia de otro).

14

Artículo 107. Pacto de comunidad.

1. La institución de sucesor en el patrimonio familiar puede acompañarse del pacto de comunidad entre instituyentes e instituidos, bajo la forma de diversas figuras societarias o en régimen de comunidad de bienes. El régimen de comunidad o sociedad familiar pactada, se regirá, en primer lugar, por el título de su constitución y de forma supletoria, por lo dispuesto en esta ley civil vasca.

2. Salvo pacto en contrario, se entenderá que a la muerte de uno de los instituyentes su cónyuge o miembro superviviente de la pareja y otorgante del pacto conserva íntegros y con carácter vitalicio los derechos que ambos se hubieran reservado.

3. Revertirán al instituyente los bienes transmitidos por pacto sucesorio con carga de alimentos cuando el instituido falleciere en vida de aquél sin dejar hijos ni descendientes.

En segundo lugar, la inclusión de la **donación mortis causa** y la donación universal¹⁵. La primera es una figura discutida y de difícil encaje en el sistema del Código Civil. Permite adquirir la posición jurídica de donatario, pero sin adquirir la propiedad de los bienes hasta el fallecimiento del donante. Posición jurídica que sería, por ejemplo, transmisible. El hecho de incluir aquí la **donación universal** implica que será objeto de contratación, es decir, llevará consigo una contraprestación, no admitiéndose como posibilidad aislada del pacto sucesorio.

3.- Extinción

La Ley contempla la revocación del pacto y su resolución.

a.- Revocación. Como revocación se incluye el supuesto en el que, por actos dependientes de uno de los contratantes, el pacto es anulado por el otro. Una vez producida, recordemos que era una figura, en principio, gratuita, pero puede no serlo (como no lo es la cesión de bienes a cambio de alimentos). Pero no se regula qué ocurre con los bienes transmitidos de presente. Se incluyen como causas, aparte de las pactadas o la crisis matrimonial o de pareja si esta situación fue la causa del contrato, los incumplimientos por parte de uno de los contratantes.¹⁶

b.- Resolución. En cambio, la resolución hace referencia a voluntad conjunta de los contratantes, bien al hacerlo pactando una condición resolutoria, bien con posterioridad, a la que se añade un supuesto muy concreto, aquel en que fallecido el instituido pasaba a sus descendientes, cuando no los hay.¹⁷

4.- Utilidad

15

Artículo 102. *Pacto sucesorio y donación mortis causa.*

La donación mortis causa de bienes singulares se considera pacto sucesorio y también lo será la donación universal inter vivos, salvo estipulación en contrario.

16

Artículo 108. *Revocación del pacto sucesorio.*

Los instituyentes pueden revocar la designación:

1. Por las causas pactadas.
2. Por incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas.
3. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación.
4. Por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar.
5. En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, o extinción de la pareja de hecho, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio o pareja de hecho. Se exceptúa, en el caso de la pareja de hecho, que su extinción haya ocurrido por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja.

17

Artículo 109. *Resolución del pacto sucesorio.*

Se resolverá la designación sucesoria:

1. Por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeta.
2. Por fallecimiento del instituido sin dejar descendientes o, aun dejándolos, no operase la transmisión prevista en el artículo 106.
3. Por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública.

Esta figura es muy útil en su configuración tradicional como instrumento para organizar el futuro de nuestro patrimonio familiar, nuestras atenciones y las de otros descendientes. A los que se unen otro muy importante, el destino de la empresa familiar. Y, además, y es lo que nos interesa, en relación con nuestros dependientes.

En relación con personas con **discapacidad**, el pacto sucesorio puede ser muy útil para ordenar el destino de nuestros bienes, ahora o a nuestro fallecimiento, para su atención y cuidado, a cargo de otra persona, usual pero no necesariamente parientes de ambos, siendo las personas con discapacidad posibles beneficiarias directas de bienes o de las contraprestación que deben prestar otras personas, garantizadas por las causas de revocación, de las que son muy importantes el “*incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas*”, que pueden ser, simplemente, su atención, y las “*causas pactadas*” al establecerse el pacto sucesorio. Pueden ser también beneficiarios indirectos, si se establecen disposiciones a favor de la persona o entidad que les preste en el futuro sus apoyos, con el compromiso de ésta, y con la protección de las causas de revocación vistas.

El pacto sucesorio es recomendable, útil, y así se está utilizando, para regular la empresa familiar. Se regula el mantenimiento de un patrimonio (la empresa) dentro un conjunto de personas, presentes y futuras (la familia), con un fin determinado (la supervivencia de la empresa) una vez desaparecidos los fundadores. ¿Y qué mayor empresa que el apoyo personal y económico a quien más lo necesita?. Sustituyamos en la frase anterior algún elemento: Se regula el mantenimiento de un patrimonio (el familiar) dentro un conjunto de personas, presentes y futuras (la familia), con un fin determinado (los apoyos) durante la vida de una persona con discapacidad. Todo el desarrollo posterior, cómo se van a sufragar sus gastos, cómo se va a administrar, tiene un posible desarrollo similar al de la empresa familiar, pero más sencilla. Pactos que pueden incluir los bienes de la herencia, sino otros particulares de otras personas, otros parientes, empezando por los hermanos y sus cónyuges.

Tenemos aquí una herramienta muy buena para garantizar unas atenciones, que podemos definir, a los discapacitados, a las que se unirá la aceptación de los que serán obligados a prestarlas. Una respuesta a la gran pregunta que se hacen los ascendientes cuidadores de personas con discapacidad, “qué será de él cuando nosotros faltemos”. Aseguramiento, con garantías fuertes, de una atención que puede ser económica y, además personal, y que puede llevar una compensación a aquella persona que se encargue de su cuidado o le entrega, de presente, de bienes suficientes para proveer a las atenciones. Esta persona puede ser tanto un pariente como una Fundación Tutelar, por ejemplo.

Artículo 105. *Designación sucesoria con transmisión post mortem de los bienes.*

...

2. El instituyente conserva la titularidad de los bienes y, salvo pacto en contrario, podrá disponer de ellos a título oneroso. Si los bienes transmitidos constituyen patrimonios productivos en los que trabaje el instituido, se requerirá su consentimiento para la enajenación a título oneroso, siempre que instituyente e instituido no hayan pactado otra cosa.