

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

Sobre el testamento en el seno de familias con hijos/as con discapacidad intelectual o del desarrollo



Preguntas y respuestas sobre el testamento en el seno de familias con hijos/as con discapacidad intelectual o del desarrollo.

Plena Inclusión Madrid, 2023

Coordina: Plena Inclusión Madrid

Asesora: María José Ruano

Esta iniciativa ha sido posible en el marco del Servicio de Información y Orientación de CERMI Comunidad de Madrid, Plena Inclusión Madrid y la Comunidad de Madrid

www.plenainclusionmadrid.org



Introducción

El testamento es una de las herramientas que permiten a las familias planificar el futuro de su hijo o hija con discapacidad intelectual cuando ellos fallezcan. Se trata de una declaración de últimas voluntades mediante la cual los progenitores pueden determinar en función de sus preferencias qué debe hacerse con su patrimonio después de su fallecimiento, además de poder incluir otras disposiciones no estrictamente patrimoniales.

Otorgar testamento es conveniente siempre, pero especialmente cuando en el seno de las familias existen personas con discapacidad. Es un acto que suele generar muchas dudas a los progenitores, que quieren proteger a su descendiente con discapacidad y al resto de sus familiares. Cada familia y sus circunstancias son únicas, y por ello la redacción del testamento debe adaptarse y estudiarse para responder a cada caso particular. Es un asunto de gran interés para las familias que tratamos de resumir en las siguientes líneas.

El presente documento ha sido elaborado en colaboración con María José Ruano, abogada de la asesoría jurídica de Plena inclusión Madrid. Tiene un carácter meramente orientativo y no debe en ningún caso sustituir el consejo profesional del notario o del profesional del derecho que pueda analizar las circunstancias concretas de la persona que desea otorgar testamento y aconsejar en consecuencia redactando el testamento más adecuado para cada persona y circunstancias.

Si desea orientación personalizada para este proceso, puede contactar con el Servicio de información y orientación de Plena Inclusión Madrid en el 915 018 335.



¿Qué tipos de testamento existen?

El testamento ante notario puede ser abierto y cerrado.

El **testamento abierto** es el más común y recomendable. Se redacta por el notario, al que explicamos nuestros deseos y nuestra situación concreta de forma que pueda asesorarnos de forma individualizada.

Este tipo de testamento garantiza la legalidad de lo que hemos dispuesto.

El **testamento cerrado**, se elabora por la persona que quiere otorgarlo y se entrega ante notario en un sobre cerrado. El notario no conoce su contenido, sino que realiza un protocolo y lo conserva en su archivo para que el testamento sea conocido y despliegue sus efectos cuando fallezca la persona que lo otorgó.

Con este tipo de testamento corremos el riesgo de haber realizado alguna disposición que no se ajuste a la ley y sea declarada nula.

Un tercer tipo de testamento es el **ológrafo**. Es un testamento que se escribe a mano, salvando tachaduras y enmiendas, fechado y firmado. Se guarda en casa o se pone a buen recaudo para que se encuentre cuando ocurre el fallecimiento.

Como el anterior, puede incorporar cláusulas no legales, no ser encontrado en el momento del fallecimiento, o ser declarado nulo por no poder acreditarse que la persona que lo otorgó tenía plena capacidad en el momento de su redacción.

Por este motivo se recomienda recurrir siempre al testamento abierto otorgado ante notario.

¿Qué es el sistema de legítimas?

En nuestro ordenamiento jurídico no hay una libertad absoluta para disponer de los bienes por vía testamentaria, sino que existe en determinados casos lo que se denominan las legítimas, esto es, una obligación de dejar determinados porcentajes de los bienes a determinados parientes. Las legítimas varían en función de la concurrencia o no de determinados parientes, como hijos/as, nietos/as, progenitores, cónyuge, etc.. También son diferentes en función de la vecindad del fallecido (derecho común o territorios forales con normativa civil propia).

En la situación más general en caso de vecindad civil común, en la que la persona que otorga el testamento tiene cónyuge e hijos/as, la herencia se divide en tres tercios:

- **El primer tercio se denomina legítima estricta. Este tercio debe dejarse obligatoriamente a los hijos/as a partes iguales entre todos, salvo que hayan incurrido en alguna causa de desheredación. La concurrencia de la causa de desheredación debe acreditarse por los herederos, lo que no siempre resulta fácil.**


Cuando existen situaciones familiares complicadas, donde concurren a la herencia como legitimarios personas que pueden dar problemas a los demás herederos a la hora de realizar las operaciones particionales tras el fallecimiento, se puede optar por disponer en el testamento un legado de la legítima y ordenar que esta se pague en dinero para evitar que esa persona tenga algún porcentaje en los bienes inmuebles.

- **El segundo tercio se denomina mejora. Se debe dejar obligatoriamente a hijos o descendientes (nietos, etc). Pero ya no tiene que hacerse a partes iguales como en el caso de la legítima estricta, sino que se puede distribuir en distintos porcentajes en función de la necesidad del heredero, la mayor o menor vinculación, o el simple deseo. Por ejemplo, si la persona que otorga testamento tiene tres hijos, se le puede dejar todo solo a uno de ellos, a dos, o en distintos porcentajes a cada uno de los tres.**

La legítima que corresponde al cónyuge es el usufructo de este tercio de mejora.

- El **tercer tercio** es el de libre disposición. Puede dejarse a quien se desee, aunque no tenga ningún parentesco con la persona que otorga el testamento.

Con este tercio de libre disposición se suele mejorar la participación del cónyuge en la herencia, que en otro caso queda limitada al usufructo del tercio de mejora, legándole este tercio de libre disposición, pudiendo concretarlo en el usufructo de todos los bienes de la herencia o bien en la tercera parte de la herencia en pleno dominio. Hay que elegir una de las dos opciones, pudiendo establecer que la elección la realice el cónyuge tras el fallecimiento de la persona que ha testado.



Ley 8/2021: ¿Puede una persona con discapacidad con sentencia de modificación de la capacidad jurídica otorgar testamento?

Tras la publicación de la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo pueden otorgar testamento en igualdad con cualquier otro ciudadano.

Para ello, la persona con patria potestad rehabilitada, tutela, curatela, o cualquier otro apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, como cualquier otro ciudadano, deberá entrevistarse con el notario, quien comprobará que tiene capacidad natural para otorgar el documento, porque comprende lo que es un testamento, qué implica, y puede manifestar su voluntad por cualquier medio sin presiones ni influencias indebidas.

La privación del derecho a otorgar testamento que esté recogida en cualquier sentencia de modificación de la capacidad previa a la Ley 8/2021 ha quedado sin efecto tras la entrada en vigor de la ley, por lo que esa persona podrá acudir al notario para ejercer ese derecho, y será el notario quien determine si tiene esa capacidad natural para conformar su voluntad y expresarla en libertad, sin manipulaciones ni influencias indebidas.

Ejemplos de cláusulas testamentarias de interés en familias de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo

- 1 Legado al cónyuge del tercio de libre disposición con posibilidad de opción.**

Se puede establecer un legado al cónyuge del tercio de libre disposición, disponiendo que el cónyuge viudo pueda ejercer la opción entre el usufructo vitalicio de toda la herencia o el tercio de libre disposición en pleno dominio más lo que se conoce como “cuota viudal” (que es el usufructo del tercio de mejora).
- 2 Legado del tercio de mejora para favorecer a algún hijo o descendiente.**

A través del legado del tercio de mejora podemos favorecer a alguno/a de los hijos/as o nietos/as, dejando bienes concretos o porcentajes de la totalidad de los bienes, en pleno dominio o como usufructo vitalicio o temporal.
- 3 Conferir al cónyuge las facultades de mejora o de otorgar legados sobre los bienes que corresponden al testador/a.**

Es una disposición recogida en el artículo 831 del Código civil. Consiste en disponer en el testamento que la persona que lo otorga deja a su cónyuge la facultad para que una vez fallecido el testador/a y respecto de los bienes de la herencia del fallecido/a pueda mejorar y distribuir la herencia, legados, mejoras, etc... siempre exclusivamente a favor de alguno o algunos de los hijos/as o descendientes comunes. Esta facultad se puede dar por un tiempo limitado (por ejemplo, hasta 2, 5, 10 o cualesquiera años después de fallecimiento del cónyuge) o bien para que lo pueda hacer en cualquier momento de su vida, incluso en su propio testamento.

Esta cláusula permite que la persona viuda pueda adaptar el reparto de los bienes de la persona que ha fallecido (o de la sociedad de gananciales) a las necesidades y la situación existente en el momento en que esta fallece, que puede ser diferente a la que existía cuando otorgó el testamento.

La facultad de hacer estas atribuciones de bienes del causante cesará en caso de que el viudo/a vuelva a casarse o mantenga relación de hecho análoga o tenga hijos/as con otra persona.

4 El fideicomiso de residuo.

A través de esta cláusula podemos establecer en el testamento qué queremos que ocurra con los bienes que le hemos dejado en herencia a la persona con discapacidad que carezca de descendientes cuando esta fallezca, si siguen formando parte de su patrimonio porque no los ha consumido, vendido o dispuesto de ellos de cualquier forma.

Cuando fallece el padre o la madre que ha establecido en su testamento el fideicomiso de residuo, los bienes pasan a los herederos en las proporciones que se haya dispuesto. A lo largo de la vida del hijo/a con discapacidad este puede disfrutar de esos bienes que ha recibido, usarlos, pero también gastarlos, hipotecarlos o venderlos si los necesita. Cuando fallece la persona con discapacidad, si no tiene descendencia, los bienes que permanecen en su patrimonio que proceden del padre o la madre que ha establecido el fideicomiso de residuo serán heredados por la persona designada por estos progenitores en su testamento.

El fideicomiso de residuo también puede resultar interesante desde una perspectiva fiscal, pues en Comunidades Autónomas donde existe una bonificación del 99% en el impuesto de sucesiones cuando se transmiten bienes por herencia de padres a hijos se consigue pagar muchos menos impuestos con esta fórmula que si los bienes se heredan directamente de un hermano a otro.

5 Nombramiento de Albacea Contador Partidor.

El albacea contador partidor tiene múltiples y diversas funciones, pero en lo que se refiere a familias con descendientes por discapacidad intelectual la designación en el testamento de un albacea contador partidor evita tener que solicitar el nombramiento de un defensor judicial a través de un procedimiento judicial para salvar el conflicto de intereses existente entre un heredero (padre, madre, hermanos, por ejemplo) que a la vez es la persona de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Lo recomendable es designar en el testamento varios albaceas contadores partidores con carácter solidario.

6 **Orden de curatela o apoyo para ejercicio de la capacidad jurídica.**

Consiste en poner en el testamento, por el orden de preferencia que la persona que otorga el testamento desea, el nombre de aquellas personas que deseamos sean nombradas por el juez como curadores de nuestro hijo/a con discapacidad o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, en caso de que en un futuro lo necesite.

Cuando sea necesario designar ese apoyo judicialmente, se respetará en primer lugar la voluntad de la persona con discapacidad, pero si ésta no puede manifestar su voluntad por ningún medio, se recurre al orden establecido en testamento por sus progenitores.

Es recomendable incluir a personas físicas, pero también jurídicas, como fundaciones prestadoras de apoyos (anteriormente conocidas como fundaciones tutelares) de nuestra confianza.

7 **La sustitución fideicomisaria.**

Es el único caso en el que no hay que respetar la legítima estricta igualdad entre los hijos/as. Por medio de esta sustitución fideicomisaria, el testador puede establecer que toda su herencia sea para su hijo/a con discapacidad con apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Eso sí, la parte que era legítima de los hermanos debe reservarse para estos una vez fallecida la persona con discapacidad.

8 **Nombrar administradores para los bienes que se dejan en herencia al descendiente con discapacidad.**

Por medio de esta cláusula se designan uno o varios administradores de los bienes dejados en herencia o legado al descendiente con discapacidad con apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

De esta forma, estos bienes serán administrados por la persona o personas designadas por el testador/a, que puede ser o no la misma designada como curadora.

Esta cláusula puede ser especialmente útil si la persona que otorga testamento quiere asegurarse de que los bienes que su descendiente con discapacidad reciba de ella sean administrados por personas de su confianza, en lugar de por un curador que pueda nombrarse siguiendo la voluntad de la persona con discapacidad.

9 Legado del derecho de habitación.

Por medio de esta cláusula se asegura que el descendiente con discapacidad pueda vivir siempre en la vivienda sobre la que se establece este derecho de habitación, con independencia de quien sea el propietario o usufructuario de la misma, de forma que, aunque la vivienda se venda, se embargue, etc siempre conservará ese derecho a vivir en ella.

Si la persona con discapacidad no va a poder vivir en la vivienda no es recomendable establecer este derecho de habitación.

10 Legado a favor de terceras personas condicionado a la prestación de cuidados al descendiente con discapacidad.

Por medio de esa cláusula la persona que otorga el testamento puede establecer un legado (de bienes concretos o de porcentajes de la herencia) a favor de determinadas personas con la condición o como agradecimiento a que presten cuidados al descendiente con discapacidad.

11 Disposiciones sobre el ejercicio de la curatela.

Se pueden incluir en el testamento determinadas disposiciones sobre como ejercer la curatela o el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Por ejemplo, se puede manifestar el deseo de que permanezca vinculado a una determinada entidad del ámbito de la discapacidad o que realice terapias, actividades, etc. que determinados profesionales recomienden y la persona con discapacidad desee.

Es una forma de hacer llegar esos deseos al juez que en su día designe al curador, ya que el testamento de los progenitores forma parte del expediente de determinación de apoyos, para que los tenga en cuenta en el seguimiento y control de la curatela.

12 Curatela remunerada.

Por medio de esta cláusula podemos solicitar al juez que la curatela sea remunerada solicitando que la persona que preste el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica pueda cobrar, por ejemplo, una cantidad de los frutos y rentas que produzcan los bienes que se dejan en herencia a la persona con discapacidad.

