

XV CONGRESO NACIONAL SOBRE EL SÍNDROME DE CORNELIA DE LANGE

23 y 24 de octubre del 2020, online.

Ponencia: **Testamento**

Por **M^o José Ruano, Abogada especialista en discapacidad y plena inclusión.**

Cuando se quiere abordar el testamento, es necesario hablar de las cláusulas testamentarias favorables. Existe una gran variedad de ellas, y es útil pensar para que nos pueden servir, como si fuera una *caja de herramientas*, adaptándolas a nuestra situación y haciendo uso de estas en función de la necesidad identificada.

Es especialmente recomendable hacer testamento. Aunque nos parezca emocionalmente algo dudoso hacerlo, y sintamos que nunca es el “momento”, siempre se recomienda. No conlleva ningún inconveniente, y sin embargo el hecho de no tenerlo en su momento genera una engorrosa carga y gran número de trámites a realizar. Es una herramienta económica (entre 50 y 70€), que se realiza ante notario y se puede modificar cuantas veces sea necesario.

Se realizan declaraciones de voluntad, con contenido ya sea económico y/o no económico. El testamento no se abre hasta como mínimo 15 días después del fallecimiento. Estas voluntades son para cuando no estemos.

Es necesario señalar que existe un derecho común que aplica a todo el territorio español, y también destacar que es necesario considerar la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, por lo que nuestra acción debe considerar ambas (la estatal y la territorial).

En derecho común no existe una libertad total de testar. Existen ciertas restricciones que deben ser consideradas. Existen las legítimas que se deben cumplir, como por ejemplo la Legítima Estricta hacia los hijos. Por ejemplo, no se puede desheredar a los hijos, ya que desheredar debe estar acreditado en un procedimiento judicial.

Existen las Cláusulas Testamentarias Favorables:

1. Legado del tercio de mejora y/o de libre disposición.

2. Legado al cónyuge del usufructo o tercio de libre disposición.
3. Conferir al cónyuge facultades de mejora.
4. Sustitución ejemplar.
5. Fideicomiso de residuo.
6. Albacea Contador Partidor.
7. Designación de tutores.
8. Legado de habitación.
9. Sustitución fideicomisaria.
10. Legado condicional a favor de terceros cuidadores de la persona con discapacidad.
11. Disposiciones sobre el ejercicio de la tutela.
12. Solicitar al juez que la tutela sea remunerada especificando como.
13. Establecer el cobro de los frutos y rendimientos del hijo/a por parte del tutor a cambio de prestarle alimentos. Prohibición de administración de bienes y nombramiento de administradores.

Avancemos y desarrollemos conceptos clave:

- El Tercio de **Legítima Estricta**: debe ir a nuestros descendientes a partes iguales, obligatoriamente.
- El Tercio de **Mejora**: debe ir obligatoriamente a los descendientes, pero el reparto queda a nuestra voluntad: a partes iguales, a uno solo, a algunos de ellos, como queramos. Incluso al descendiente que tenga la discapacidad. Se puede decidir de forma concreta, tangible o intangible, por porcentajes, etc. Se pueden ir destinando cada bien a qué persona, si bien en estos casos la partición es más engorrosa.
- El Tercio de **Libre Disposición** se puede dejar a quien se decida. En este tercio es donde se permite más margen de acción

Normalmente el Tercio de Libre Disposición es el que utiliza para mejorar. Por ejemplo, el caso del cónyuge. Si no se mejora con este tercio de libre disposición, el derecho que le queda es el usufructo del Tercio de Mejora. De este modo se puede ofrecer más protección en este sentido si así lo deseamos.

Normalmente se expresa que se tiene el testamento de un cónyuge para otro, pero esto se puede dejar como opción libre. En el caso que fallezca uno de ambos, se puede elegir lo que sea más adecuado con la situación: usufructo completo o libre disposición en pleno dominio.

Estos tres tercios como conceptos base, podemos avanzar sobre el resto.

- **Conferir al cónyuge Facultades de Mejora**: según el artículo 831, significa que: Permite tomar decisiones al otro cónyuge “a posteriori”

Si existe una plena confianza en mi cónyuge, se puede testar que, en cualquier momento de su vida, incluso en su propio testamento, tenga la facultad de hacer mejoras o

legados, siempre a nuestros hijos comunes, con la posibilidad de adaptarse con la mejora a la situación que haya en ese momento.

Se conoce la situación actual cuando se realiza el testamento, sin embargo, no se sabe cómo será la situación en el momento que sea necesario abrir el testamento. La situación puede haber cambiado. La situación del cónyuge o de los descendientes puede variar y las necesidades pueden ser distintas, y se puede hacer necesario modificar el reparto. Entonces puede ser el momento de cambiar la decisión previa para adaptarse a la nueva situación y equilibrarla en mejor beneficio.

Esta cláusula de Facultad de Mejora está hecha para un marco de confianza absoluta entre los cónyuges, si desaparece esa condición vital desaparece también ésta. Ejemplo: el cónyuge viudo/a tiene la ventaja, pero si se casa nuevamente o tiene otros hijos, o una relación de pareja de hecho, afectivamente similar con un tercero, pierde esa facultad; esto se hace para evitar abusos, por ejemplo: que pueda vengarse el cónyuge, si el otro hijo no ve con buenos ojos esa nueva situación.

Es un buen sistema de control.

- **Sustitución Ejemplar**: sólo los padres (no los tutores) que tienen hijos que por su discapacidad no puedan otorgar testamento, pueden concederlo por ellos, mediante esta cláusula en su propio testamento.

Esto significa que: sustituyo ejemplarmente a mi hija XXX que tiene una discapacidad que le impide otorgar testamento. En este ejemplo, queda sustituida por sus hermanos a partes iguales, o sus sobrinos si sus hermanos no están, o si es hija única por un amigo, un tutor, una entidad sin ánimos de lucro, etc. A quien consideremos pertinente (quizá no deseamos que quede para un/una pariente que nunca han interactuado o se han ocupado de nuestro hijo/a).

- **Fideicomiso de residuo**: es una cláusula muy importante y puede ser de gran ayuda cuando heredan los hermanos a la persona con discapacidad, en importante ahorro económico fiscal.

Hay muchas CCAA que tienen una bonificación muy importante para herencia (hasta 99%) de padres a hijos o de hijos a padres. Sin embargo, fuera de estos, es muy oneroso el impuesto de sucesión entre hermanos, ya que no se aplica la reducción, sino que se aplica un multiplicador, puede ser que un impuesto de sucesión de hermano a hermano llegue hasta el 35 o el 40 % de lo que se hereda. Esta esta cláusula ayuda a evitar eso.

Ejemplo: Si mi hijo/a fallece sin descendientes (si no se puede aplicar), establezco respecto de los bienes que le dejo en herencia, un Fideicomiso de Residuo, en favor de sus hermanos, a partes iguales, o a tal hermano y tal, sustituidos vulgarmente por sus descendientes. Así, si mi hijo/a necesita gastar o vender de los bienes de mi herencia, lo puede hacer; pero si cuando fallece quedan en su patrimonio bienes de los heredados

por mí (por eso es de residuo), pasan directo a quienes establecí; como de padre a hijo y no de hermano a hermano, los reciben con las cláusulas bonificadoras de padre a hijo.

No opera con la parte de la Legítima Estricta, pero sí con todo lo demás.

- **Albacea Contador Partidor**: Cláusula muy importante, hay que hacerlo, si es posible dos o tres albaceas, con carácter solidario.

Si tenemos rehabilitada la patria potestad, el viudo/a tiene un conflicto de intereses, porque es parte en la herencia (por el tercio de libre disposición) y a la vez representa al otro heredero, por la patria potestad, que es el hijo, por eso la ley no permite que se represente por sí y por su hijo/a.

Será necesario designar un defensor judicial que no sea parte, alguien de mi entorno en el que tenga confianza. Es un procedimiento judicial: requiere de procurador, abogado, juzgado, etc. para que actúe en nombre de mi hijo/a. Esto se soluciona con nombrar debidamente al/los albaceas que me van a sustituir en este caso.

- **Designación de tutores**: Es necesario que los padres se dediquen al orden de tutela, ya que se considera que son los que están en mejor condición para designar quien es el mejor para cuidar y/o velar por su hijo/a con discapacidad.

Se designan diferentes opciones por orden de prioridad: En primer lugar a..., en segundo a..., y así los que quieran. Es recomendable, en el último lugar, designar una Fundación Tutelar, que pueda ejercer el cargo, que uno sepa como trabaja, que sean especialistas en la discapacidad que tiene el hijo/a, etc. También habrá un organismo público que lo haga en su defecto (tienen muchos tutelados generalmente y quizás no pueden dedicar la misma atención), pero si uno destina una Fundación que le parece que trabaje mejor o conoce más, sería lo adecuado.

Cuando se inicia el procedimiento de tutela el juez está obligado a pedir el testamento de los padres para respetar el orden de tutela establecido.

- **Legado de habitación**: No sería muy adecuada para hijos con alta discapacidad como los nuestros, ya que tienen una alta dependencia, está pensado para los que puedan tener un rango de discapacidad, pero con un nivel de autonomía con ayudas, para que siempre conserve una habitación en su casa (condicionar así su venta y que no se quede sin su sitio). O si se vende, en su defecto, que le mantengan una habitación para disfrutar durante su vida.
- **Sustitución fideicomisaria**: Es un sistema de nuestro Código Civil, de territorio común, que se relaciona con la idea de no poder dejar a un hijo sin la Legítima Estricta. Esto lo quiebra y nos da la posibilidad de hacerlo.

Cuando tenemos un hijo incapacitado judicialmente (así se llaman hoy, en la ley actual, que está en proceso de renovación) puedo dejarle toda mi herencia y el resto de mis hijos no van a recibir nada, puedo no respetar las legítimas.

Este derecho a las legítimas, tendrán que reservarse para que pasen a los herederos, cuando el incapacitado fallezca.

- **Legado condicional a favor de terceros cuidadores de la persona con discapacidad:** Hacer un legado (económico o no, con porcentaje, etc.) para la persona o tutor, que vaya a cuidar al hijo discapacitado. Esta cláusula se tiene que poder cumplir. Tiene que ser clara y concreta.

Se puede dar la situación que queremos hacer un legado para la persona que lo ha cuidado, y se quiere proponer que esta persona acepte la tutela o la curatela. Con esto el juzgado se encargará que se lleve a cabo de modo favorable.

Incluso si hubo más de un tutor, se puede repartir el legado proporcional al tiempo. Por ejemplo: un tutor estuvo cinco años y por motivo de salud o viaje o fuerza mayor tuvo que dejarlo, pues se reparte proporcionalmente con el otro tutor que lo haya suplantado.

- **Disposiciones sobre el ejercicio de la tutela:** hay jueces que no quieren ponerlas en un testamento, pero **sí se puede**. Yo puedo decir que mi hijo: viva o no en una residencia, que participe en las actividades que los profesionales que lo asistan digan que es apto para ella y pueda hacerlo, que pase las vacaciones con tales familiares, que tenga salidas de ocio, etc. **Esta es una manera que tienen los padres, una vez fallecidos, de comunicarse con el juez que lleve la tutela de sus hijos.**

El procedimiento de tutela, recuerden que siempre se abre con el juez que tiene que pedir el testamento de los padres y tendrá el acceso a los deseos de los padres.

Por ello va a tener que controlar el ejercicio de la tutela y ese es el mandato, por ejemplo se encuentra un tutor que no gasta en la persona, sino que se dedica a hacer patrimonio para heredarlo. El incapacitado va mal vestido, no tiene sesión de fisioterapia, no va a ningún viaje, etc. El juez va a poder preguntar al tutor porqué no se cumplen nuestros deseos y tendrá que dar explicaciones de porqué no se cumple.

- **Solicitar al juez que la tutela sea remunerada especificando como:** la tutela normalmente no es remunerada, salvo que la establezca el juez y puede ir del 4 al 20% del rendimiento del patrimonio, podemos ponerlo y decirle incluso de cuánto: del 10%, del 5%, e incluso de qué rendimiento: del alquiler de XXXX,

dejarle la pensión de orfandad, la pensión por hijo a cargo, etc. podemos ponerlo y así el juez puede establecerlo.

- **Establecer el cobro de los frutos y rendimientos del hijo/a por parte del tutor a cambio de prestarle alimentos:** Ejemplo: yo pienso que quizás mi hijo/a va a vivir con su tutor y quiero que se encargue de todo y no le falte nada: comida, vivienda, ropa, ocio, etc. El tutor si lo ponemos podrá cobrarlo, si no, NO.
- **Prohibiciones de administración de bienes y nombramiento de administradores:** esta es una cláusula que suele usarse cuando hay mala relación entre los cónyuges, sirve cuando nos encontramos con que mi hijo tiene modificada la capacidad y si fallezco al tener la patria potestad prorrogada para ambos, administraría todos los bienes su padre. Puedo poner que **prohíbo** que los bienes que reciba mi hijo de mi parte de herencia, los administre XXX (mi marido, hermano determinado, el que sea), y establezco que quiero que los administre: su tutor, mi hermana, el señor XXXX, etc.

Dudas y preguntas.