

VII.- MEDIDAS SUCESORIAS A FAVOR DEL DESCENDIENTE CON INCAPACIDAD

En la sesión de la Academia que se celebró el 16 de Febrero de 2009 se acordó la creación, en el seno de la misma, de una Comisión interna de Derecho privado orientada particularmente a los objetivos previstos en el art. 3.3 de los estatutos de la Corporación, que son el estudio de las disposiciones legales para orientar su aplicación, formular propuestas de reforma y concurrir a las informaciones públicas sobre la nueva legislación.

Dicha Comisión abordó el tema de la posible incidencia en nuestro Derecho sucesorio de la ley estatal 41/2003 de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad; planteándose también la cuestión de si, en caso de no ser posible la aplicación de la misma por chocar con los principios y normas de nuestro Derecho, podría ser de interés una reforma legislativa sobre la materia.

Sobre el tema en cuestión, el coordinador de la Comisión Miquel Masot redactó una ponencia que fue remitida a todos los Académicos, para su conocimiento y objeciones en su caso, convocándoles a una reunión para debatir el tema. Esta reunión se celebró el 23 de Marzo de 2009 y contó con la importante intervención de los Académicos Bernardo Cardona Escandell, José Cerdá Gimeno, Jaime Ferrer Pons, Eduardo Martínez-Piñero Caramés y Tomás Mir de la Fuente.

El texto definitivamente aprobado fue remitido a la Comissió Assessorada de Dret civil del Govern balear y a la Presidencia del Parlament de las Illes Balears.

I.- PREAMBULO.

La ley estatal 41/2003 de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad colmó un vacío en la normativa general del Estado, dando desarrollo al principio constitucional encarnado en el art. 49, según el cual los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

En el marco contemplado por esta ley, debe también tenerse en cuenta la reciente ley 1/2009 de 25 de Marzo, de reforma de la ley de 8 de Junio de 1.957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a la que en el párrafo anterior se ha hecho referencia. La modificación de esta última ley atiende fundamentalmente al mejor control de los patrimonios protegidos por parte del Ministerio Fiscal y a la introducción de la consideración de que entran en el concepto de acto de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrado en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria. Aparte de ello, y entre otros extremos, se propugna la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, así como la mejora del tratamiento fiscal de los patrimonios protegidos, y la realización de estadísticas del Registro Civil que recojan las inscripciones que afecten a todo este ámbito de modificaciones de la capacidad de obrar, tutelas y patrimonios protegidos.

Todo ello revela una verdadera preocupación por la materia por parte del legislador estatal, lo cual es tanto más necesario si se tiene en cuenta que la realidad social nos muestra que la mejora de la asistencia sanitaria ha determinado, en muchos casos, la supervivencia de los discapacitados a sus progenitores. Lo cierto es que la ley 41/2003 de 18 de Noviembre ha sido aceptada y aplaudida por la colectividad, aún cuando puede suscitar, desde el punto de vista jurídico, algunas fundadas dudas.

En el presente estudio pasaremos a contemplar las siguientes cuestiones:

– ¿Es posible la aplicación íntegra de la ley 41/2003 en nuestra Comunidad Autónoma?.

– En caso de no serlo, ¿debería dictarse una normativa para tratar de resolver el problema suscitado por la no aplicabilidad?.

– ¿Cuál debería ser el contenido de esta normativa?.

Vamos a tratar de dar respuesta a estas preguntas.

II.- SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY ESTATAL 41/2003 EN NUESTRO AMBITO TERRITORIAL.

La ley tiene tres capítulos, dos disposiciones adicionales y tres finales.

El capítulo I ofrece la posibilidad de crear un patrimonio protegido de las personas con discapacidad, diciendo el art. 1 que el objeto de la ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. En los siete artículos siguientes regula detalladamente los beneficiarios, constitución, administración, aportaciones, extinción, supervisión y constancia registral de dicho patrimonio.

Ello expuesto, no parece surgir obstáculo alguno para la aplicación de dicho capítulo en nuestro ámbito territorial, ya que no hay ley o costumbre en nuestro Derecho que pueda ser aplicable antes que la expuesta, ni, de otra parte, aparece la misma contraria a los principios generales de nuestro Ordenamiento jurídico.

La conclusión podría ser entonces la de que las personas con discapacidad de nuestra Comunidad Autónoma pueden beneficiarse sin problemas de la normativa establecida por el capítulo 1 de la ley.

Por su parte, el capítulo III se limita a establecer el tratamiento fiscal del patrimonio protegido diseñado en el capítulo 1. Es innegable la aplicabilidad de las normas de este capítulo III, en las Illes Balears, a los hechos imposables sujetos a los impuestos a que se refiere la ley 41/2003 de 18 de Noviembre de que se viene tratando, como son los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, de Sociedades, de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (y sobre el Patrimonio).

Sin perjuicio de la legislación autonómica posterior, en esta materia y sobre otros tributos cedidos por el Estado, como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Respecto del que hay que recordar que la ley 22/2006 de 19 de Diciembre, en su art. 28, estableció una reducción del 99 por ciento en las donaciones que constituían aportación a patrimonios protegidos regulados en la ley 41/2003 de 18 de Noviembre. Y, en los artículos 27, 29 y 30, otra del 50 por ciento en la base imponible de las donaciones de inmuebles, y, aún, dinerarias, para la primera vivienda

habitual, que hagan los padres o ascendientes a discapacitados de determinada graduación, o para su adquisición de empresas, negocios profesionales o participaciones para ellos.

Sin olvidar que el Decreto-Ley 1/2008 de 10 de Octubre y la ley 1/2009 de 25 de Febrero, de medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears, contienen normas relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual, sobre deducción autonómica por las cuotas satisfechas en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en sus modalidades de transmisiones onerosas o actos jurídicos documentados, por razón de la adquisición de la vivienda habitual, protegida o no, o por el arrendamiento, en las que se tiene en cuenta la discapacidad del contribuyente, en alguna forma. Y, aún, relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que tienen en cuenta la incapacidad o discapacidad del donante, para reducciones en donaciones de bienes afectos a actividades económicas, participaciones sociales, o dinerarias para su adquisición cuando se mantengan o creen puestos de trabajo.

A la vista de cuanto antecede, es claro que el problema se centra en el capítulo II, titulado “Modificaciones del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

De entrada, debe señalarse que en la exposición de motivos de la ley se dice que la regulación contenida en la misma se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.1.8 CE y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 Cc. Afirmación legal que hay que entender expuesta a mayor abundamiento, pues es evidente que la preferencia de las disposiciones dictadas sobre la materia en las Comunidades con Derecho civil propio estaría fuera de toda duda.

Ello expuesto, vamos a revisar los artículos que integran el capítulo II.

El art. 9 modifica una serie de preceptos del Código civil relativos a la tutela; preceptos que podían integrarse en nuestro Ordenamiento jurídico al no existir norma foral propia y no darse contradicción alguna con los principios generales de nuestro Derecho.

Igualmente los arts. 11, 12, 13 y 14 establecen modificaciones en las materias de mandato, contrato de alimentos, conceptualización de lo que debe entenderse por persona con discapacidad a los efectos prevenidos en los arts.

756, 822 y 1.041 Cc y modificación de la LEC sobre las personas que puedan promover la declaración de incapacidad.

En rigor, parece que todas estas modificaciones pueden ser perfectamente asumidas dentro de nuestro Ordenamiento, al darse las circunstancias apuntadas de la inexistencia de norma foral y la no contradicción con los principios generales.

Es claro, entonces que la problemática se centra en el art. 10 de la ley que se viene tratando, que modifica el Código civil en materia de régimen sucesorio.

Precisamente, uno de los Académicos de número –Jaime Ferrer Pons– publicó en “El Rincón de la Academia” de la Revista *Missèr* un meritorio trabajo titulado “La Ley 41/03 y el Derecho civil balear”, en el que ya señalaba la posible conflictividad de las medidas sucesorias de protección del discapacitado de la ley 41/2003 de 17 de Noviembre con el Derecho civil de Mallorca.

De entrada, la conclusión que se deriva del trabajo comentado es que algunas de las más importantes modificaciones sucesorias introducidas por la ley 41/2003 no serían aplicables; cual ocurriría con la posibilidad de establecer, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los restantes legitimarios; y ello por oponerse al principio de intangibilidad de la legítima. Y lo mismo cabría decir sobre la atribución, por ministerio de la ley, al descendiente discapacitado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual establecido por el art. 822 Cc reformado por aquella ley; y a igual conclusión se llega en lo que respecta a la no computación, para el cálculo de las legítimas, de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado; por tener la Compilación su propia previsión normativa en cuanto al cálculo de la legítima y a la computación y atribución legitimaria.

Por el contrario, sí podrían ser de aplicación las disposiciones relativas a la nueva causa de indignidad consistente en no haber prestado a la persona con discapacidad las atenciones debidas y la no sujeción a colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad; justificándose la posible aplicabilidad de estos preceptos en la inexistencia de normas en el Derecho civil balear sobre indignidad, partición hereditaria y colación.

Con la salvedad a hacer de que está muy adelantada la tramitación en nuestro Parlament de un proyecto de ley establecedor de las causas de

indignidad para suceder, a fin de incluir en las mismas las derivadas de la violencia de género. En este caso, una vez dictada la ley, y si en la misma no aparece recogida la causa de indignidad fundada en el hecho de no haber prestado al discapacitado las atenciones debidas, no podrá ya considerarse posible la introducción de una nueva causa de indignidad, al no haber sido ésta contemplada por el legislador autonómico

De todos modos –y para cerrar la cuestión– debe tenerse en cuenta, una vez más, la disparidad entre los regímenes sucesorios de Mallorca y Menorca de una parte y Eivissa y Formentera de otra; por lo que será preciso plantear si en el Derecho sucesorio de las Islas Pitiusas tendría o no aplicación íntegra la ley 41/2003 de 17 de Noviembre.

Y no cabe duda de que también en el Derecho sucesorio de Eivissa y Formentera rige el principio de la intangibilidad de la legítima, el cual podría vetar la posibilidad de establecimiento de la sustitución fideicomisaria legitimaria; intangibilidad que se deduce del art. 79 Comp., expresivo de que que la legítima de los descendientes estará constituida por la tercera parte –o por la mitad– del haber hereditario, sin establecer posible deducción alguna, por lo que no parecen poder surgir limitaciones, cuando las mismas no vienen establecidas en la propia Compilación.

También podría existir otro serio obstáculo para la admisión en el Derecho sucesorio pitiuso tanto de la sustitución fideicomisaria legitimaria como del legado legal del derecho de habitación, y el mismo derivaría de la remisión al Código civil del art. 70 Comp. en conexión con la disposición final 2ª. Dispone el primer precepto que todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil con las excepciones contenidas en este Libro. Y la disposición final 2ª indica que las remisiones que se hacen en la Compilación a las disposiciones del Código civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de la ley. La consecuencia de ello sería que la remisión al Código civil en materia de sucesión testada, al tener un efecto estático y no dinámico, en modo alguno puede abarcar las sucesivas modificaciones que el legislador estatal pueda introducir en la regulación de la misma.

Puede concluirse este apartado exponiendo, pues, que es de interés para el Derecho sucesorio de todas las Illes Balears que se dicte una nueva normativa por nuestro Parlament en establecimiento de medidas sucesorias de aplicación a los incapacitados judicialmente y personas con discapacidad legalmente relevante, al existir problemas técnicos jurídicos que podrían orientar una corriente jurisprudencial impositiva de la aplicabilidad entre nosotros de las más importantes medidas sucesorias establecidas por la ley 41/2003.

III.- CONVENIENCIA Y CONTENIDO DE LA NUEVA NORMATIVA SUCESORIA.

La conveniencia es obvia, por lo que nada se va a decir sobre el particular, remitiendo a lo indicado en el preámbulo y siendo de destacar que también la legislación de la Unión Europea ha incidido en la necesidad de establecer una normativa proteccionista para las personas con discapacidad (Directivas 2000/43 y 2000/78).

En cuanto al posible contenido se pasan a exponer separadamente las diferentes cuestiones que se plantean.

1.- El establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre la legítima.

La redacción dada a los preceptos correspondientes del Código civil por la ley 41/2003 es de aplaudir, de entrada, en cuanto que circunscribe la posibilidad de establecimiento de la sustitución al caso de existencia de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, a diferencia de lo que se dice en otros preceptos, cuales son los relativos al derecho de habitación, en que los beneficiarios del precepto son las personas con discapacidad relacionadas en el art. 2 de la ley (minusvalía psíquica igual o superior al 33% o minusvalía física o sensorial superior al 65%).

En cambio el texto legal podría dejar la duda –dada la rotundidad con que se expresa– de si el establecimiento de la sustitución sobre la legítima en beneficio del incapacitado excluye el derecho de éste a la percepción en propiedad de lo que por legítima le corresponde. Duda que no puede resolverse apostando por una exclusión legitimaria del incapacitado que no tendría apoyo legal y que iría en contra de sus intereses.

Regulando ex novo esta materia dentro de nuestro Derecho podría establecerse que cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, de la que serían fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los restantes legitimarios. Y no estaría de más añadir que queda fuera de esta sustitución fideicomisaria la porción legitimaria que correspondería al propio incapacitado, quien la hará suya de manera inmediata. Aunque realmente tal consideración podría derivarse del propio concepto de legítima, parece preferible exponer la misma en la propia ley, para evitar litigios y conflictos que podrían suscitarse en el futuro.

Parece correcto, por otra parte, referir esta posibilidad excepcional a los

supuestos de incapacitación judicial y no de mera discapacidad, dadas las consecuencias que, para los restantes legitimarios, tiene esta sustitución sobre la legítima a favor del incapacitado. Ya que no puede olvidarse que, dada la mejora de la asistencia sanitaria, es posible que los restantes legitimarios no lleguen a percibir en vida lo que por legítima les corresponde.

Al estarse ante una sustitución fideicomisaria, la pregunta que cabe hacerse es si sería de aplicación a la misma la normativa correspondiente del Libro 1, si se trata de una sucesión deferida en Mallorca o Menorca. No hay que olvidar que es de particular interés la norma del art. 34, según la cual el fiduciario, con autorización judicial y si el testador no lo ha prohibido, puede enajenar y gravar los bienes fideicomitados e invertir el contravalor en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados, con citación de los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal. Es indudable que esta norma redundaría en beneficio del incapacitado, por lo que parece conveniente su aplicación a la sustitución fideicomisaria sobre la legítima.

En lo que respecta a las garantías que la sustitución fideicomisaria impone, no parece plantearse el problema de que al fiduciario incapacitado se le impongan unas que puedan tener carácter excesivamente gravoso. Hay que recordar, en este punto, que el art. 30 considera suficiente garantía, en lo que a inmuebles se refiere, la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad. Y, asimismo, el precepto considera relevados de las obligaciones impuestas por las garantías a los fiduciarios dispensados por el testador y a los hijos y descendientes del fideicomitente que resulten recíprocamente sustituidos. Consiguientemente tal norma podría ser perfectamente aplicable a la sustitución fideicomisaria especial de que se viene tratando.

Mayores dudas suscita la aplicación del art. 29 en cuanto a la posibilidad de detracción de la cuarta trebeliánica. Particularmente por el hecho de que los restantes legitimarios no van a percibir su legítima hasta el fallecimiento del fiduciario incapacitado, por lo que no acaba de ser equitativo que, al llegar a percibir la legítima –si es que la perciben ellos y no sus herederos– se vea la misma mermada con la cuarta trebeliánica, además de la cuota legitimaria que ya habrá percibido dicho fiduciario. Tal vez sería aconsejable establecer una disposición contraria de la contemplada, en este punto, por el art. 29, señalando que, en esta sustitución fideicomisaria sobre la legítima, el fiduciario no podrá detraer la cuarta trebeliánica, salvo disposición contraria del fideicomitente.

En resumen, podría añadirse al art. 42 Comp., tras la mención de la sustitución fideicomisaria de que se viene tratando, la mención siguiente: esta sustitución fideicomisaria se regirá por lo dispuesto en la Sección 2ª del

capítulo III, pero el fiduciario no podrá detraer la cuarta trebeliánica, de no haberse dispuesto expresamente por el fideicomitente.

En cambio, en el Derecho de Eivissa y Formentera no cabrían estas posibilidades a que nos hemos venido refiriendo, dado que no están contempladas por el Libro III, cuyo art. 78 se limita a establecer que el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa, añadiendo que los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular. Es un hecho indubitado que la sustitución fideicomisaria se rige en Eivissa y Formentera por el Código civil, que no contempla los aspectos antes relacionados.

Sin embargo, tanto la posible venta –y ulterior inversión– de los bienes fideicomitidos como la norma relativa a las garantías a prestar por el fiduciario son instituciones que humanizan la rigidez de la sustitución fideicomisaria, por lo que sería positivo, en las Islas Pitiusas, la introducción de estas figuras, por el indudable interés que las mismas presentan. En cambio, por las razones antes apuntadas y por la falta de precedentes en Eivissa y Formentera, podría prescindirse de la cuarta trebeliánica.

Dado que la sustitución de que se viene tratando deja sin efecto el principio de intangibilidad de la legítima, debería modificarse el art. 49 de la Compilación, añadiendo un párrafo 2º expresivo de que los legitimarios deberán asimismo respetar la sustitución fideicomisaria impuesta por el testador sobre la legítima en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

2.- ¿Posibles alternativas?

Tal vez no sea la atribución de la sustitución fideicomisaria referida la única medida sucesoria posible de protección del discapacitado. Y, al tratar de encarar otras alternativas, la primera que aparece es la de aumentar la participación del hijo descendiente judicialmente incapacitado en la legítima global.

Según ello, el hijo o descendiente judicialmente incapacitado percibiría, además de la porción legitimaria que le corresponda, otra porción derivada del hecho de la incapacitación.

Ello comportaría la modificación del art. 42 introduciendo, tras el primer párrafo, otros dos que podrían ser del siguiente tenor literal.

Si entre los hijos o descendientes hubiera alguno o algunos judicialmente incapacitados, los porcentajes establecidos pasarán a ser de la mitad

o dos terceras partes del haber hereditario, correspondiendo exclusivamente al incapacitado la diferencia entre estos porcentajes previstos para el supuesto de incapacitación y los de normal aplicación.

De ser varios los hijos o descendientes incapacitados, se dividirá entre ellos por partes iguales este exceso legitimario derivado de la incapacitación judicial.

Tal vez la proposición pueda ser clarificada con un ejemplo. Si estamos ante una herencia en la que hay tres hijos –uno de ellos incapacitado judicialmente– y un haber hereditario de 90, la legítima global pasaría en este caso de 30 a 50, y al incapacitado le correspondería, además de 10 por cuota legitimaria, 20 como consecuencia de la incapacitación.

También caben otras posibles alternativas, que pasarían por establecer que el legitimario judicialmente incapacitado tendrá derecho, en concepto de legítima, a una cuota viril doble de la que corresponde a cada legitimario, detrayéndose el exceso de la parte de libre disposición. En el ejemplo anterior, el legitimario incapacitado tendrá derecho a una cuota de 20, que corresponde al doble de la que tiene derecho a percibir cada uno de los legitimarios.

Habiéndose, pues, propuesto dos posibles sistemas –sustitución fideicomisaria sobre la legítima y ampliación de la cuota legitimaria del incapacitado– es obligado tratar de establecer una preferencia entre uno y otro sistema. Pero no es fácil dar una regla general porque la preferencia vendrá determinada por la importancia del caudal relicto. Si éste tiene entidad suficiente, posiblemente sería preferible el incremento legitimario ya que, de esta manera, los restantes legitimarios podrían percibir de manera inmediata lo que por legítima les corresponde, lo cual no aparece tan factible cuando –aparte de nombrarse heredero al incapaz– se establece una sustitución fideicomisaria en su beneficio sobre la legítima, pues ello podría determinar –con la mejora que se ha producido en la asistencia sanitaria– que su condición de fideicomisarios sobre la legítima no les permita llegar a disfrutar en vida de los derechos dimanantes de la misma.

En cambio, cuando el caudal relicto lo integra tan sólo la vivienda del testador es indudablemente preferible el sistema de la sustitución fideicomisaria, ya que, de haberse optado por la otra alternativa, es evidente que los restantes legitimarios podrían exigir la percepción de su

legítima sobre dicha vivienda, obligando a la venta de la misma, en perjuicio del previsible propósito del testador de que la misma fuera para su hijo o descendiente incapacitado.

De todos modos, en la contemplación de los dos sistemas expuestos, cabría posiblemente decidir el dilema en favor de la sustitución fideicomisaria, fundamentalmente por ser en las sucesiones de un caudal relicto de escasa entidad donde se plantea más crudamente el problema del aseguramiento del porvenir del incapacitado, y además, por tener la medida un carácter meramente facultativo, no acudiendo el testador a ella de no considerarla necesaria. A diferencia del carácter impositivo que tendría la legítima derivada de la incapacitación.

Y expuesta la más importante de las medidas sucesorias referidas en la ley 41/2003, pasa a hacerse una sucinta referencia a las demás.

3.- Las otras medidas sucesorias introducidas por la ley 41/2003.

Ya antes se ha dicho que la causa de indignidad para suceder recogida en la referida ley podría ser atendible en nuestro Derecho, siempre que el legislador balear no se haya pronunciado sobre el particular, estableciendo una relación de causas de indignidad entre las que no figure la derivada de no haberse prestado al discapacitado las atenciones debidas. También sería admisible la no sujeción a colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad.

El art. 831 sanciona la posibilidad de conferirse al cónyuge, por vía testamentaria, facultades para establecer mejoras a favor de los hijos o descendientes comunes, incluso con cargo al tercio de libre disposición. Es evidente que la facultad de mejorar establecida por el precepto es una institución extraña a nuestro Derecho y, en consecuencia, no aplicable. A lo cual podría añadirse que, entre nosotros, el régimen de fiducia sucesoria tiene normas propias tanto en el libro I como en el libro III, que vedan cualquier intromisión extraña.

Entonces la única cuestión que nos queda por examinar es la derivada del art. 822.

Este precepto dice en su párrafo 1º que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Como antes se ha dicho, el precepto no es aplicable en el Derecho de Mallorca y Menorca, al tenerse las propias reglas sobre cálculo, computación e imputación legitimaria. Por lo que respecta al Derecho de Eivissa y Formentera hay que entender, asimismo, que no rige la norma reformadora, al ir en contra de la manera como se han calculado las legítimas tradicionalmente en aquellas islas, no pudiéndose entender que las remisiones al Código civil tengan otro carácter que no sea el puramente estático.

De entrada, no se presenta tampoco como absolutamente necesario introducir en nuestro Derecho una norma similar. Si el descendiente está incapacitado judicialmente, la sustitución fideicomisaria sobre la legítima –aparte de un posible nombramiento como heredero– le protege suficientemente, ya que no tendría sentido establecer un derecho de habitación, cuando el descendiente incapacitado puede estar ya en posesión de toda la herencia. Y si se trata de una mera discapacidad, no parece tener entidad suficiente para trastocar el modo en que tradicionalmente se vienen realizando las operaciones de determinación y pago de la legítima.

El párrafo 2º del art. 822 que se comenta nos dice que el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, reseñado en el párrafo 1º, se atribuirá, por ministerio de la ley, al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. Se está, por tanto, ante un legado legal, si bien salvando la voluntad contraria del testador, y precisando, para la exigibilidad del mismo, que el discapacitado lo necesite.

No parece que el precepto pueda regir en nuestro Derecho sucesorio. En Mallorca y Menorca la Compilación regula los legados, estableciendo, como peculiaridad foral, la posibilidad de detracción de la cuarta falcidia, con lo cual se evidencia que la materia de los legados forma parte de nuestro Derecho civil propio, con competencia exclusiva del Parlament balear para regularla. Y de ello se deduce que la falta de previsión en la Compilación de cualquier legado legal del derecho de habitación imposibilita la admisión de un precepto de una ley general del Estado introductorio del mismo. En Eivissa y Formentera hay que entender que tampoco rige el precepto, al tener la remisión del art. 70 al Código civil, en materia de sucesión testada, carácter estático, según la disposición final 2ª.

¿Puede considerarse conveniente introducir en nuestro Derecho normas similares a las contempladas?

Nótese, de entrada, que los beneficiarios de estos derechos no son ya

los incapacitados judicialmente sino las personas con discapacidad, según el concepto acuñado por el art. 2 de la ley 41/2003, lo cual ensancha considerablemente el ámbito de aplicación del precepto. Y es que la medida difícilmente puede tener interés en caso de un descendiente incapacitado judicialmente, quien se beneficia de la sustitución fideicomisaria establecida sobre la legítima –en caso de así disponerse por el testador–, en cuyo supuesto, ello y su previsible nombramiento como heredero, le atribuye de hecho la posesión de la herencia. En cambio, la medida puede tener interés para un discapacitado no incapacitado judicialmente, ya que en este caso no se puede establecer la sustitución sobre la legítima.

La conveniencia de introducir este legado legal en nuestro Derecho no se presenta del todo clara. Lo cierto es que, prevaleciendo en la sucesión la voluntad del testador, y pensando de entrada que los padres habrán dispuesto en el testamento lo preciso para asegurar el porvenir de los hijos o descendientes discapacitados, no se ve con especial simpatía la previsión de legados legales; que, además, en la regulación dada por la ley 41/2003, pueden resultar conflictivos, particularmente por la referencia que por dos veces se hace al concepto de “necesidad”, el cual no deja de resultar ambiguo.