



ASOCIACIÓN DE NIÑ@S Y JÓVENES CON DISCAPACIDAD DE ALICANTE.

EL TESTAMENTO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN SOCIOJURÍDICA

Realizado por Natalia Cristobal Sanz. Alumna Trabajo Social.

Uno de los medios más adecuado que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico para proteger el patrimonio de nuestros familiares incapaces es el testamento. Podemos decir que el testamento es un instrumento para garantizar el futuro de las Personas con discapacidad.

Es esencial que las personas hagan testamento, y aún lo es más cuando estas personas tienen un hijo con discapacidad intelectual.

Para otorgar testamento no es necesario esperar a tener esa edad determinada, o a que concurren unas circunstancias especiales, es simplemente hacer una previsión de futuro, que es siempre importante, pero en los casos en los que hay un hijo con discapacidad, lo es aún más.

En el testamento es conveniente hablar de bienes en general, es decir, de los bienes que queden al fallecimiento del testador, y no de bienes en concreto, puesto que si se habla de bienes concretos, cada vez que éstos se vendan, o se compren otros, habría que cambiar el testamento.

Existen diversas formas de otorgar testamento, todas ellas válidamente reconocidas por el Código Civil, si bien la más aconsejable es el testamento abierto ante Notario.

El Testamento Ológrafo Y El Testamento Notarial Abierto

Realizar un **testamento ológrafo**, de puño y letra, es muy arriesgado y tiene muchos inconvenientes. Si se comete un error o si falta uno de los requisitos esenciales el testamento puede ser nulo. Además, para que surta efecto y sea declarada su validez, será preciso realizar un complejo trámite judicial y protocolizarlo; aparte de que podría darse el caso de que el testamento ológrafo se perdiera o fuera destruido.

Por otro lado, el **testamento notarial abierto** presenta grandes ventajas frente al testamento ológrafo. El notario es quien guarda el testamento original y además procede a inscribirlo en el Registro de Actos de Última Voluntad y de esta forma en el futuro, aunque el testador no le diga a nadie que ha hecho un testamento, tendrá la seguridad de que sus herederos sabrán que lo hizo y tendrán que someterse a su voluntad testamentaria.

En cualquiera de los casos anteriores, siempre es muy recomendable que un abogado especialista en herencias y sucesiones revise el testamento o redacte el documento conforme a las instrucciones del testador antes de que se proceda a su firma, con el fin de evitar errores que puedan provocar la ineficacia en el futuro del testamento.

El abogado, además de proporcionar la seguridad de que el testamento sea realizado correctamente, puede realizar una planificación del destino de los bienes y del patrimonio de una forma técnica compleja y jurídicamente avanzada para que el testador controle, intervenga y regule el destino de su patrimonio y bienes a nivel personal y empresarial y, si es el caso, la protección de los hijos discapacitados, con minusvalía psíquica, física o sensorial.

En el testamento notarial abierto, el testador u otorgante del testamento expone directamente ante un Notario su deseo respecto al destino de sus bienes para el momento en el que llegue su fallecimiento.

El testador asegurará la idoneidad y validez de las disposiciones testamentarias, evitando incurrir en nulidades procedentes de contradecir las obligaciones impuestas por la Ley.

Partiendo de esta idea, y legalmente hablando, los bienes se dividirán en tres partes (estamos siempre hablando del derecho civil común, puesto que hay Comunidades Autónomas que en este tema tiene su propio derecho foral que supone especialidades distintas lo que aquí se está explicando):

-Tercio de Legítima: se llama así al tercio de los bienes que obligatoriamente tienen que ser destinados a todos los hijos por partes iguales.

- **Tercio de Mejora:** es el tercio de los bienes que tienen que ser destinados a sus hijos o descendientes, pero en la medida que el testador quiera.

-Tercio de Libre Disposición: es el tercio que se puede disponer para dejárselo a cualquier persona física o jurídica, familiar o no del testador.

Respecto al cónyuge, legalmente le correspondería el usufructo (uso y disfrute) de un tercio de la totalidad de la herencia, pero por lo general los cónyuges se suelen legar universal de todos los bienes de la herencia.

Es importante hacer testamento por varias **razones:**

-I. Evitar a los herederos tener que realizar una declaración de herederos.

-II. Disponer en el testamento las mejoras económicas para los hijos que más lo necesiten.

-III. Disponer el nombramiento de Tutor del hijo minusválido. Se puede nombrar uno o varios Tutores, uno en defecto del otro, o nombrar dos Tutores conjuntos para casos extraordinarios. Se pueden incluso nombrar a una persona jurídica como Tutor del hijo minusválido cuando no se tengan otras persona a quien recurrir para hacerse cargo de la Tutela.

-IV. Hacer testamento en nombre del hijo con discapacidad intelectual, ya que éste no puede hacerlo por sí mismo, es lo que legalmente se viene denominando **“sustitución ejemplar”**. En este caso hay que aclarar que, según establece la ley, el testamento es un acto personalísimo que nadie puede hacer por otra persona, salvo en dos casos excepcionales:

- Los padres pueden hacer testamento por su hijo menor de edad.
- Los padres pueden hacer testamento por su hijo incapacitado.

El testamento es un **acto revocable**, dado que el testador siempre tiene la posibilidad de otorgar nuevo testamento, y siempre será válido el último otorgado en el tiempo, sirviendo éste para anular los otorgados con anterioridad.

Para otorgar testamento, es necesario **ser mayor de catorce años y tener plenas las facultades cognitivas** que permitan al otorgante saber lo que quiere hacer con sus bienes, al menos en el momento en que otorga testamento.

EJEMPLOS DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE PROTECCIÓN DEL DESCENDIENTE INCAPAZ:

• Contenido Patrimonial

El otorgante del testamento puede disponer por este medio del destino de los bienes presentes o futuros, que deje al momento de su fallecimiento. Por éste medio el testador podrá asignar bienes concretos a personas concretas (legados), o bien podrá designar con carácter general a sus herederos como acreedores de la cuota hereditaria que estime oportuna dentro de los márgenes que le brinda la Ley.

A los efectos de distribuir la herencia entre los sucesores del testador, la legislación vigente permite distribuir libremente una tercera parte de los bienes que formen la herencia (tercio de libre disposición). Esta cuota podrá ser distribuida aleatoriamente por el testador a favor de quien quiera, y en la proporción que quiera. Otro tercio, llamado de legítima larga o mejora, deberá ser distribuido en la proporción que quiera el testador, pero siempre entre los herederos legítimos que queden a su fallecimiento. Por último, el tercio de legítima corta o estricta deberá ser distribuido por partes iguales entre los herederos legítimos dejados al fallecimiento del testador.

- **Contenido Personal**

Como hemos visto anteriormente, el testamento es un elemento idóneo para que los padres de un hijo con discapacidad intelectual prevean el reparto de los bienes que dejan a su fallecimiento, a favor, o al servicio de éste, en caso de que el hijo les sobreviva.

Del mismo modo, los padres pueden servirse del instituto del testamento para diseñar el testamento, nombrar tutor para que represente legalmente a su hijo cuando ellos falten. Esta designación no es determinante, pero vinculará el Juez en su decisión, el cual nombrará el tutor que hayan designado los padres, salvo que considere que esa decisión es contraproducente para los intereses del incapaz, dadas las circunstancias del momento en el que proceda su nombramiento.

En el sentido anteriormente indicado, los padres también podrán mencionar en su testamento qué personas no desean que desempeñen el cargo de tutor de su hijo, por considerar a éstas contraproducentes para los intereses del mismo.

En definitiva, ya sea de uno u otro modo, los titulares de la patria potestad podrán diseñar, a través de sus disposiciones de última voluntad, el futuro de la representación legal de su hijo.

Realizando un testamento podremos disponer en el mismo las mejoras económicas para los hijos que más lo necesiten, disponer el nombramiento de un tutor del hijo minusválido pudiendo nombrar uno o más tutores, un tutor en defecto de otro o bien dos tutores conjuntos para casos extraordinarios.

También podremos realizar un testamento en nombre de los hijos con discapacidad intelectual si este no puede hacerlo por sí mismo, lo que se conoce como sustitución ejemplar. Y es que, aunque el testamento es un acto de **carácter personalísimo**, hay ocasiones en las que se puede testar en nombre del otro, como en el caso de los padres que pueden hacer testamento por su hijo discapacitado.

Para ello no será preciso esperar a obtener la incapacidad en el juzgado para poder realizar el testamento. Mientras el hijo no esté incapacitado, las cláusulas sobre nombramiento de tutor y el testamento del hijo no surtirán efecto.

ALGUNAS PREGUNTAS FRECUENTES:

-¿Puede el tutor hacer el testamento de la persona? NO, solo los padres. Si estos no lo realizan antes de su fallecimiento, la persona incapacitada no tendrá testamento.

-¿Si mi hijo es hijo único, tengo que hacer testamento? SI, para los bienes no, ya que es el único beneficiario, pero sí para nombrar el tutor y/o administrador.

-¿Hay que especificar al tutor como heredero? SI, si la herencia del hijo con discapacidad va al tutor que le ha cuidado, hay que especificarlo. Preferentemente sin nombre, ya que no se sabe si será el mismo tutor que cuando muera la persona. Se ha de señalar que se dona la herencia al tutor que vele por la seguridad de la persona hasta el final de su vida. En el caso de no

especificarlo, el tutor que se haya encargado de la persona con discapacidad, no verá su dedicación recompensada y la herencia será repartida a partes iguales.

-¿Si ponemos un bien al nombre de un hijo, podemos vender o liquidar ese bien? NO, habría que acudir al juez y pedirle autorización, ya que es un bien del hijo. Si queremos hacer algo o dejar a alguien ese bien, tenemos que hacerlo a nombre del hijo en su testamento a través de la sustitución ejemplar, es decir, a quien va ese bien cuando el hijo muera.

-¿Y qué pasa con las cuentas corrientes y el dinero? Es aconsejable abrir una cuenta teniendo al hijo como tutelar y los padres como co-titulares.