Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen



La protección de la persona con discapacidad en derecho sucesorio

Memoria para optar al grado de doctor
presentada por:

Tomás Noguera Nebot

Fecha de lectura: 9 de febrero de 2024

Bajo la dirección del doctor:

Carlos Lasarte Álvarez

Huelva, 2024

CC BY NC ND

Universidad de Huelva

DEPARTAMENTO THEODOR MOMMSEN

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN DERECHO SUCESORIO

TESIS DOCTORAL

TOMÁS NOGUERA NEBOT

DIRECTOR:
PROF. DR. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ

PROGRAMA DE DOCTORADO: CIENCIAS JURÍDICAS

HUELVA 2023

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN DERECHO SUCESORIO

TESIS DOCTORAL

2023

Autor: Tomás Noguera Nebot

Director: Prof. Dr. Carlos Lasarte Álvarez

Programa de Doctorado: Ciencias Jurídicas

Departamento Theodor Mommsen

Universidad de Huelva

ÍNDICE SISTEMÁTICO 3

ABREVIATURAS UTILIZADAS 9

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN GENERAL 13

1.- Introducción 13

2.- Referencia a la Ley 41/ 2.003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad 23

3.- Referencias a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006, y al Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (B.O.C.G. de 17-julio-2020) 27

4.- Referencia a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica 39

5.- Referencia a los conceptos discapacidad, incapacitación y dependencia 45

CAPITULO II

ATRIBUCIÓN DE UNA DONACIÓN O DE UN LEGADO DE DERECHO DE HABITACIÓN A UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD 63

1.- Introducción 63

2.- Personas intervinientes en la donación o legado de derecho de habitación 66

a) Persona beneficiaria de la donación o del legado de derecho de habitación 66

b) Persona que dona o lega el derecho de habitación 75

c) Persona gravada con el legado de derecho de habitación 75

3.- Derecho de habitación: su intransmisibilidad 77

4.- Títulos para la atribución del derecho de habitación: Donación y legado 84

4.1.- Legado de vivienda habitual que pertenezca al testador 90

4.2.- Legado de vivienda habitual que pertenezca a la sociedad de gananciales. Respeto a los derechos del cónyuge regulados en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil 95

4.3.- Legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual 101

5.- Donación o legado que no computan para el cálculo de la legítima 103

6.- Consideraciones finales 108

CAPITULO III

EL NOMBRAMIENTO COMO FIDUCIARIO DE UNA PERSONA INCAPACITADA, CONFORME A LA LEY 41/2003, O DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD, CONFORME A LA LEY 8/2021

1.- Introducción 115

2.- La sustitución fideicomisaria 120

2.1. La sustitución fideicomisaria en general: algunas cuestiones 120

2.2. Peculiaridades de la sustitución fideicomisaria tras la reforma de la Ley 41/2003 126

2.3. Peculiaridades de la sustitución fideicomisaria tras la reforma de la Ley 8/2021 129

3.- SUJETOS de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta 132

3.1 El Fideicomitente. Forma de establecer la sustitución fideicomisaria 132

3.1.1. El Fideicomitente conforme a la Ley 41/2003 132

3.1.2. El Fideicomitente conforme a la Ley 8/2021: novedades 138

3.2. El Fiduciario 140

3.2.1. El Fiduciario conforme a la Ley 41/2003 140

A) Requisitos para ser fiduciario

a) El fiduciario debe estar incapacitado judicialmente 140

b) ¿Cuando es necesario que el fiduciario esté incapacitado? 144

c) El fiduciario debe ser hijo o descendiente del testador. Algunas cuestiones sobre este tema 152

B) El fiduciario ¿tiene que ser legitimario? 162

3.2.2. El Fiduciario conforme a la Ley 8/2021: novedades

a) El fiduciario debe ser un hijo del testador en situación de discapacidad 170

b) ¿Cuándo es necesario que el fiduciario esté en situación de discapacidad? 173

3.2.3. Contenido de la posición jurídica de fiduciario Derechos y Obligaciones..... 177
A) Conforme a la Ley 41/2003 178
B) Conforme a la Ley 8/2021: novedades..... 202

3.3 El Fideicomisario

3.3.1. El Fideicomisario conforme a la Ley 41/2003 207

3.3.2. El Fideicomisario conforme a la Ley 8/2021: novedades 222

4.- Algunas consideraciones sobre el OBJETO de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta..... 230

4.1 Algunas consideraciones sobre el objeto, conforme a la Ley 41/2003 230

4.1.1 ¿Debe recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede recaer sólo sobre parte de dicho tercio? 230
4.1.2 ¿Puede recaer sobre la legítima estricta del incapacitado judicialmente?..... 233

4.1.3 ¿Sin dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los coherederos forzosos? 242

4.2 Algunas consideraciones sobre el objeto, conforme a la Ley 8/2021 247

4.2.1 ¿Debe recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede recaer sólo sobre parte de dicho tercio? 248

4.2.2 ¿Puede recaer sobre la legítima estricta del hijo en situación de discapacidad? 251

4.2.3 ¿Sin dejar al hijo en situación de discapacidad el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los colegitimarios? 254

5.- Consideraciones finales 259

5.1 Consideraciones finales respecto de la Ley 41/2003 259
5.2 Consideraciones finales respecto de la Ley 8/2021 266

CAPITULO IV

LA INDIGNIDAD DE QUIEN HUBIERE SIDO REMOVIDO DEL EJERCICIO DE LA CURATELA DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y DE QUIEN NO HUBIERE PRESTADO A UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD LAS ATENCIONES DEBIDAS

1.- Introducción..... 273

2.- La indignidad en el Código civil 277

a)Las incapacidades absolutas..... 277
b)Las incapacidades relativas..... 278
c)La indignidad: concepto, causas de indignidad, fundamento y naturaleza jurídica..... 282

3.- La indignidad de quien hubiere sido removido del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad 293

4.- Tramitación legislativa de la nueva causa de indignidad del artículo 756.7º del Código civil, introducida por la Ley 41/2003..... 297

5.- Clases de sucesión en las que rige el artículo 756.7º del Código civil 301

6.- Ámbito de aplicación personal: Sujetos intervinientes 307

7.- Las “atenciones debidas” 316

8.- Consideraciones finales 323

CAPITULO V

LA EXENCIÓN DE COLACIÓN DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES RESPECTO DE LOS GASTOS REALIZADOS POR SUS PROGENITORES Y ASCENDIENTES PARA CUBRIR SUS NECESIDADES

1.- Introducción..... 331

2.- La colación en el Código civil 337

2.1. Concepto, naturaleza y fundamento de la colación 337

2.2. Presupuestos y ámbito de la colación..... 345

2.3. Procedimiento y efectos de la colación 357

3.- Estudio del artículo 1041 del Código civil 365

3.1. El párrafo primero del artículo 1041 CC..... 366

3.2. El párrafo segundo del artículo 1041 CC 375

4.- Consideraciones finales 392

CONCLUSIONES..... 395

BIBLIOGRAFÍA 445

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	Artículo
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C.C.	Código civil
C.D.P.D.	Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006
D.G.R.N.	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed.	Editorial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
L H	Ley Hipotecaria
Ley 41/2003	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
Ley 39/2006	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia
Ley 8/2021	Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social
op. cit.	obra citada
pág.	página
R.D.	Real Decreto

RH	Reglamento Hipotecario
Rs	Resolución
ss	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN GENERAL

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN GENERAL

1.- Introducción

La Constitución Española – en su Título Preliminar- establece en el artículo 9.2 que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*".* Y dentro de *"*los principios rectores de la política social y económica" el artículo 49 dispone que *"*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[1] otorga a todos los ciudadanos*".*

Son muchos los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49, tratan de responder a la especial situación de los discapacitados, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes.

En ese sentido, podemos destacar la Ley 41/2.003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con

[1] Título I "De los derechos y deberes fundamentales".

discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad[2].

[2] Entre las leyes que modifican esta Ley 41/2003, podemos destacar, en primer lugar, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, 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, sobre protección patrimonial de la personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad – de ésta última Ley modifica los artículos 3.3, 5.2, 7.3 y 8- (BOE de 26-marzo-2009); dicha Ley 1/2009 resuelve ciertas dudas planteadas en la aplicación de la Ley 41/2003; entre ellas destaca la mejora de la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal; la determinación del domicilio en función del cual se fija la competencia de éste y la aclaración legal del concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos.

Con carácter general, debemos mencionar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, al que nos referiremos con posterioridad.

También tenemos que destacar la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha modificado el apartado segundo del artículo 5 de la Ley 41/2003, estableciendo que, en ningún caso, será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido; y que, en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.

Por otro lado, en el ámbito de la contratación pública, tenemos que mencionar, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, que en su disposición adicional decimotercera, garantiza la accesibilidad para personas con discapacidad al establecer que “la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberá realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”.

Por último, tenemos que referirnos a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo artículo 5, modifica los siguientes artículos de la Ley 41/2003: artículo 1, apartado 2; artículo 2; artículo 3; artículo 4, apartado 2; artículo 5 y artículo 7.

A esta Ley 8/2021 le dedicamos posteriormente un apartado específico, ya que modifica la regulación de la materia objeto del presente trabajo.

Dicha ley fue aprobada en un momento de especial sensibilización de la sociedad y de los poderes públicos hacia las personas con discapacidad: el año 2003 fue declarado *"Año Europeo de las personas con discapacidad"*[3].

---

[3] Entre otras, como normas publicadas con esa finalidad de favorecer a las personas con discapacidad podemos reseñar las siguientes: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (BOE de 30-abril-1982); Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3-diciembre-2003); Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados (BOE de 11-diciembre-2003); Real Decreto 338/2004, de 27 de febrero por el que se modifica la composición del Consejo del Real Patronato sobre Discapacidad, regulado en el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto (BOE de 28-febrero-2004); Real Decreto 364/2004, de 5 de marzo, de mejora de las pensiones de orfandad a favor de minusválidos (BOE de 6-marzo-2004); Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad (BOE de 7-septiembre-2004); Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad (BOE de 17-diciembre-2004); en el ámbito internacional, debemos destacar la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006, adoptado por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76ª sesión plenaria y que constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre las personas con discapacidad, y a la que nos referiremos con posterioridad; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15-diciembre-2006) y todas las normas que la desarrollan; Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas (BOE de 24-octubre-2007); Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, cuya disposición adicional undécima se refiere a "Apoyo a las familias de las personas con discapacidad" (BOE de 5-diciembre-2007); Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 27-diciembre-2007); Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE de 2-agosto-2011); el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3- diciembre-2013), al que nos referiremos con posterioridad; Ley 4/2017, de 28 de junio, que modifica la Ley 15/2015, de 30 de marzo, de Jurisdicción Voluntaria precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a

En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, los mecanismos de protección introducidos por la ley 41/2003 sólo se aplicarán como derecho supletorio. Así lo recoge el apartado II de la Exposición de Motivos de la citada Ley: “la regulación contenida en esta ley 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 artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo13.2 del Código civil”.

En el ámbito internacional, debemos destacar la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006; adoptado por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76ª sesión plenaria y que constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre

---

contraer matrimonio en igualdad de condiciones (BOE de 29- junio-2017); Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre , de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE de 14- diciembre-2017); la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que ha modificado la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 6-diciembre-2018), cuyo artículo 3.2 queda redactado como sigue: “2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”; por último, tenemos que mencionar la ya citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

las personas con discapacidad[4]. Posteriormente, dedicamos un apartado específico a dicha Convención Internacional.

Con carácter general, debemos mencionar también el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[5], sobre el que después volveremos[6].

---

[4] Sobre la citada Convención, entre otras obras, podemos mencionar GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2.006,* Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008; y otras publicaciones que aparecen citadas a lo largo del presente trabajo.

[5] Publicado en el BOE de 3 de diciembre de 2013, cuyo artículo primero, referido al objeto de la Ley establece: "Esta ley tiene por objeto:

a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad."

Conforme a la disposición adicional única de dicho Texto Refundido, "las referencias normativas efectuadas en otras disposiciones a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se entenderán efectuadas a los preceptos correspondientes del texto refundido que se aprueba".

Por su parte, la disposición derogatoria única establece: "Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas

Por último, tenemos que referirnos a la ya citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Posteriormente, dedicamos un apartado específico a esta importantísima ley. Como destaca su Preámbulo, la mencionada reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

---

con discapacidad y de su inclusión social, y en particular, por integrarse en dicho texto refundido:

a) La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad.

b) La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

c) La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad".

[6] Dicho Real Decreto Legislativo ha sido modificado recientemente por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (BOE de 1-abril-2022). Dicha Ley 6/2022, que entró en vigor el 2-abril-2022, modificó la letra k) del artículo 2, el artículo 5, el apartado 1 del artículo 23, la letra c) del apartado 2 del artículo 23, añadió un nuevo artículo 29 bis y modificó el artículo 99, todos ellos del citado Texto Refundido de 2013.

En el presente trabajo vamos a estudiar diversos mecanismos de protección directa de la persona con discapacidad en el ámbito del Derecho sucesorio. Vamos a abordar el estudio de varias figuras jurídicas que han resultado afectadas por las reformas introducidas por la ya citada ley 41/2003 -que, a su vez, ha sido modificada por la también citada ley 8/2021-, tratando de mejorar la protección patrimonial de dichas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción sus necesidades o intentando, en general, mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

Así, tras el capítulo introductorio, estudiaremos la reforma introducida en el artículo 822 del Código civil por la citada Ley 41/2003; hasta la misma, no existía ninguna norma civil que favoreciera directamente la obtención por una persona con discapacidad del uso de una vivienda. Tras la Ley 8/2021, el citado artículo 822 regula la atribución de un derecho de habitación a un legitimario que se encuentre “en una situación de discapacidad”.

Posteriormente, abordaremos las reformas introducidas en los artículos 782, 808 y 813.2 del Código civil. Originariamente, la Ley 41/2003 dio nueva redacción al primero y al último de los artículos citados y añadió un nuevo párrafo tercero al artículo 808, todo ello con el fin de que pudiera gravarse el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en la que fueran fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados (que, a la vez, podían ser persona con discapacidad) y fideicomisarios los coherederos forzosos. La Ley 8/2021 redacta de nuevo el artículo 782; al desaparecer la incapacitación, el citado artículo ya no se refiere a hijos o descendientes judicialmente incapacitados, sino a “hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad”.

Respecto del artículo 808, suprime el tercer párrafo, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar y añade a continuación dos nuevos párrafos. El nuevo artículo 808 ya no se refiere a hijos o descendientes judicialmente incapacitados, sino a legitimarios que se encuentren en una situación de discapacidad, en cuyo caso “el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad”. Por último, la ley 8/2021 da nueva redacción al segundo párrafo del artículo 813 – referido a la legítima y al testador-, en los siguientes términos: “Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”.

A continuación, estudiaremos la reforma introducida en el artículo 756 del Código civil, referido a la indignidad. La Ley 41/2003 añadió un séptimo párrafo en el que se declaraba incapaz de suceder por causa de indignidad, “tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”. Por su parte, la Ley 8/2021 da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del citado artículo 756; en base a la nueva redacción, son incapaces de suceder por causa de indignidad: “También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.”

“7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.”

La última modificación introducida en el ámbito del Derecho Sucesorio por la Ley 41/2003, de menor amplitud que las anteriores, pero sin duda de singular relevancia práctica, fue la relativa a la dispensa de colación incorporada al artículo 1041 C.C., al que se añade un párrafo segundo, en base al cual “no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

La Ley 8/2021 redacta el nuevo artículo 1041 con el siguiente tenor: “No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad.”

Por último, para finalizar el trabajo, expondremos las conclusiones obtenidas del estudio de los apartados anteriores.

Debemos mencionar que el artículo 831 del Código civil también fue modificado por la Ley 41/2003, ampliando el alcance de la delegación de facultades (fundamentalmente realizar mejoras y atribución de bienes concretos) en el cónyuge supérstite que este precepto contemplaba en su redacción anterior. Sin embargo, el

citado precepto se refiere a los hijos o descendientes comunes, en general, sin precisar que sean personas con discapacidad o personas dependientes; es decir, no es presupuesto determinante la concurrencia de la discapacidad en algunos de los hijos o descendientes comunes.

En base a dicho precepto, se puede delegar la facultad de mejorar en el cónyuge supérstite para que la ejercite a favor de cualquier hijo o descendiente común sin que sea necesario que se trate de una persona con discapacidad. Según la redacción dada al citado artículo, está claro que no se pretende una protección directa y específica de las personas con discapacidad[7]. Por dicha razón no va a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

---

[7] La exposición de motivos de la Ley 41/2003, en su apartado VII, letra d, dispone: "Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí."

Sobre la reforma de este artículo, escribió LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.016, pág. 187: "Ciertamente la *ratio legis* de la nueva reforma y los objetivos perseguidos por el legislador son encomiables, aunque probablemente el éxito práctico tampoco acompañe a la nueva redacción de la norma, según avala una experiencia ya más que secular que el legislador de 2003 debiera haber valorado con mayor atención."

Por su parte, en relación a lo expresado en la exposición de motivos de la Ley 41/2003 y en el texto del art. 831 del C.c., expone RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, nº 4, 2ª quincena de febrero de 2004, pág. 368, nota 1, que "ciertamente, el ejercicio de la delegación prevista en el precepto citado se puede utilizar para conseguir tal fin, pero éste es uno solo entre los muchos que puede perseguir el cónyuge

2.- Referencia a la Ley 41/ 2.003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad

Como señala su Exposición de Motivos, la ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de dichas personas es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos. En buena medida, dichos medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas.

El objeto inmediato de esta ley –destaca la Exposición de Motivos- es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

---

sobreviviente en quien se haya delegado. La circunstancia de la discapacidad no es motivo determinante a estos efectos."

La regulación contenida en la ley 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 artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil.

La ley regula la necesaria supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, articulándola de varias formas; por una parte, el constituyente del patrimonio puede determinar las reglas para efectuarla, pero, por otra se establece una supervisión institucional a cargo del Ministerio Fiscal[8].

Por otro lado, la Ley creó la Comisión de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad, como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones. En el B.O.E. de 6 de febrero de 2.004 se publicó el "Real Decreto 177/2.004, de 30 de enero, por el que se

[8] Antes de desaparecer la incapacitación, MORETÓN SANZ, Mª. F.: "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal", *R.C.D.I.*, número 687, enero-febrero 2.005, págs. 62 y siguientes, sistematizaba la cuestión de los posibles beneficiarios del patrimonio protegido regulado en la Ley 41/2003 de la siguiente forma:

a) Personas con una discapacidad psíquica reconocida del 33 por ciento o más, estén o no incapacitados judicialmente;

b) personas con discapacidades acreditadas de carácter físico de un 65 por cien como mínimo, estén o no incapacitadas;

c) personas con discapacidades certificadas de tipo sensorial a partir de un 65 por cien, estén o no incapacitadas.

d) personas incapacitadas por sentencia judicial firme, siempre y cuando se hayan equiparado los grados y tipos de discapacidad según la determinación legal.

La citada profesora aclara el apartado d) afirmando que el juez civil carece de competencia para graduar y calificar la discapacidad psíquica, física o sensorial que padezca la persona de la que se pretenda su incapacitación.

determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad". Este Real Decreto entró en vigor el 7 de febrero de 2.004.

El contenido de la Ley 41/2.003 –según destaca su Exposición de Motivos- no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. Hay que destacar que estas modificaciones se realizaron siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación.

A continuación, vamos a hacer una breve referencia a las distintas modificaciones legislativas que introdujo la Ley 41/2.003. Tras el Capitulo I (artículos 1 a 8) referido al "Patrimonio protegido de las personas con discapacidad", el Capitulo II (artículos 9 a 14) se refiere a las "Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil" y el Capitulo III (artículos 15 a 17) a la "Modificación de la normativa tributaria".

El artículo 9 de la Ley modificó el Código Civil en materia de autotutela y afectó a los artículos 223, 234 y 239.

El artículo 10 de la Ley modificó el Código Civil en materia de régimen sucesorio y afectó a los artículos 756, 782, 808, 813, 821, 822, 831 y 1.041.

El artículo 11 de la Ley modificó el Código Civil en materia de mandato y afectó al artículo 1.732.

El artículo 12 de la Ley creó un nuevo capítulo II del título XII del libro IV del Código Civil, bajo la rúbrica “Del contrato de alimentos”, que engloba los artículos 1.791 a 1.797, a los que dio nueva redacción.

El artículo 13 de la Ley incorporó una nueva disposición adicional en el Código Civil: la disposición adicional cuarta.

El artículo 14 de la Ley modificó la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en materia de procesos sobre la capacidad de las personas y afectó al artículo 757.

El artículo 15 de la Ley modificó la Ley 40/ 1.998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias y afectó a los artículos 15, 16, 46, 86 y a la disposición adicional decimocuarta. También añadió un artículo 47 sexies referido a las “Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas”.

El artículo 16 de la Ley modificó la Ley 43/ 1.995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y afecta al artículo 36 quáter.

El artículo 17 de la Ley modificó el Real Decreto Legislativo 1/1.993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y afecta al artículo 45.I.

Por último, la Ley 41/2.003 cuenta con dos disposiciones adicionales y tres disposiciones finales.

3.- Referencias a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006 y al Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (B.O.C.G. de 17-julio-2020).

Esta Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, complementario pero independiente de aquella.

El Reino de España ratificó sin ningún tipo de reservas tanto la citada Convención como el Protocolo Facultativo a la misma, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2.007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2.007, y publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 21 y 22 de abril de 2.008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2.008.

Si hacemos una valoración de la Convención desde el punto de vista de los derechos en ella reconocidos, se puede decir que esta norma no aporta grandes novedades, en la medida que no otorga ningún derecho que no estuviera ya previsto para todas las personas, incluidas la personas con discapacidad[9].

El cambio sustancial de la Convención radica en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para

[9] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", *Revista de Derecho Privado y Constitución,* 2009, págs. 335 a 368, esp.336.

que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos[10].

En concreto, en lo que a la capacidad jurídica se refiere, la Convención establece que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”; en base a la norma transcrita, la profesora LOPEZ BARBA[11] afirma que “la presencia de la discapacidad en una persona nunca debe sustentar un proceso judicial de modificación de su capacidad, pues ello conformaría un supuesto de discriminación por discapacidad. El proceso judicial, en su caso, podrá servir para la determinación de cuáles sean las medidas de apoyo más adecuadas para cada sujeto, sin que las mismas puedan suponer la sustitución o representación de la capacidad, pues se trata de un valor inherente de la persona, el libre ejercicio de su autonomía, la libre manifestación de su voluntad, como desarrollo básico de su personalidad. Solo la persona con discapacidad, como el resto de los individuos, es la titular de su capacidad jurídica y la legitimada para ejercerla”.

Sobre esta manera, debemos destacar lo prescrito en el artículo 12 de la Convención, sobre *Igual reconocimiento como persona ante la Ley,* que dispone:

---

[10] LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio.* Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pág. 15.

[11] LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* op.cit, pág. 16.

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica;

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida;

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica;

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflictos de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos

bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

Para dar cumplimiento al mandato de la Convención se promulgaron en España la ya citada Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[12] y otras leyes ya mencionadas en este trabajo; posteriormente, y con esa misma finalidad, se produjeron diversas iniciativas, algunas de las cuales, pasamos simplemente a reseñar, ya que no parece este trabajo la ubicación idónea para su estudio en profundidad. En primer lugar, debemos destacar un Proyecto de Ley[13] presentado para su tramitación sobre la base del *Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad* en el ejercicio de su capacidad jurídica, aprobado por el Consejo de ministros con fecha 3 de julio de 2020, al que después nos referiremos brevemente. En segundo lugar, debemos reseñar el texto dado a conocer por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2018, resultado de un trabajo presentado

[12] Ley publicada en el BOE de 2-agosto-2011; dicha ley pretende impulsar los cambios, normativos y de plazos, necesarios para el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Responde, para ello, a tres objetivos principales:
1) Adaptar la normativa española, en sus diversos ámbitos, a dichos compromisos.
2) Impulsar el cumplimiento de los plazos comprometidos.
3) Profundizar en el modelo de discapacidad que propone la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[13] http://www.congreso.es/portal/page/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#(P%A1gina1)

bajo el título *Propuesta de Código civil*[14]. En tercer lugar, mencionamos la *Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad*[15]. También, debemos citar, en cuanto texto legal vigente, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro 2º del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia; este Libro 2º ha sido modificado por la Ley 14/2020, de 25 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[16].

Por último, tenemos que mencionar la ya vigente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha ley entró en vigor el 3 de septiembre de

---

[14] Asociación de profesores de Derecho civil, *Propuesta de Código civil,* Ed. Tecnos, Madrid, 2018.

[15] Texto aprobado por la Subcomisión de expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, firmado en Madrid, el 13 de junio de 2012. Interesa esta propuesta, ya que recoge el sentir no sólo de especialistas en Derecho, sino de representantes de destacadas asociaciones que agrupan y defienden los intereses de las personas con discapacidad /AEDIS, FEAPS, IMSERSO, FEAFES, ONCE). Dicho texto puede consultarse en https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL-PropuestaModificaciónCCLEC.pdf

[16] Dicha Ley entró en vigor el 1-diciembre-20. Contiene un artículo único, por el que se añade una letra, la d, al apartado 2 del artículo 236-8 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, con el siguiente texto:

«d) Para la atención y la asistencia psicológicas de los hijos menores de edad, no es necesario el consentimiento del progenitor contra el que se sigue un procedimiento penal por haber atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexuales del otro progenitor o de los hijos comunes menores de edad, o contra el que se ha dictado una sentencia condenatoria, mientras no se extinga la responsabilidad penal. La asistencia psicológica a los hijos mayores de dieciséis años requiere su consentimiento.»

2021**.** Como ya apuntamos, posteriormente, dedicamos un apartado específico a esta importantísima ley.

Volviendo al texto del artículo 12 de la Convención y partiendo de su tenor literal, observamos que mezcla lo que tradicionalmente se ha considerado capacidad jurídica (aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y deberes) y capacidad de obrar (aptitud o idoneidad para ejercer los derechos y deberes de los que somos titulares) en nuestro ordenamiento jurídico. Los números 3 y 4 de dicho artículo recogen la expresión "ejercicio de la capacidad jurídica", siendo así que el ejercicio de los derechos y deberes, tradicionalmente, se ha considerado integrante de la capacidad de obrar. Por el contrario, la capacidad jurídica se ha considerado como la mera aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, nunca para ejercitarlos.

Como la Convención sólo habla de capacidad jurídica y de ejercicio de la misma, ello nos hace pensar que la citada norma conlleva un importante cambio de contenido, englobando en la expresión "capacidad jurídica", tanto lo que tradicionalmente se ha considerado capacidad jurídica como capacidad de obrar.

Sobre esta materia, tenemos que destacar que cierto sector doctrinal entiende que el artículo 12.2 de la Convención engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar.

De esa opinión son autores como CUENCA GÓMEZ[17], PALACIOS[18] y ASIS[19].

[17] CUENCA GÓMEZ", P., "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", REDUR, núm.10, 2012, págs. 61 a 94, esp. pág. 73, cuando afirma que "en este punto, conviene aclarar que el artículo 12.2 engloba, tal como se ha defendido desde diversos ámbitos con argumentos convincentes, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar".

Sin embargo, otro sector doctrinal no parece compartir la misma opinión de los tres autores arriba citados. En este sector podemos reseñar a ÁLVAREZ LATA Y SEOANE[20], PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[21] y SÁNCHEZ-VENTURA MORER[22].

Hay que destacar que, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, convivían en el Código civil la figura de *la persona con discapacidad* con la *incapacitación* o *la capacidad modificada judicialmente,* pero aludiendo a conceptos jurídicos diferentes, a los

---

[18] PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, CERMI* (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad)*,* Madrid, 2008, pág. 462, cuando indica que "parece que finalmente el texto ha quedado redactado de manera afín al modelo de asistencia en la toma de decisiones, y utilizando el término capacidad jurídica en un sentido amplio, comprensivo tanto de la capacidad de goce de derechos como de ejercicio de los mismos".

[19] ASIS, R. de; "*La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* como marco de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución española", en PÉREZ BUENO, L. C. y LORENZO, R. de, (Dirs.) *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia,* Cinca, Madrid, págs. 129 a 148, esp. pág. 144, cuando afirma que "la Convención, en su artículo 12, proclama la igual capacidad jurídica de todas las personas, rechazando en línea de principio la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que es uno de los pilares del Derecho civil moderno. El traslado de lo dispuesto en la Convención a nuestro Ordenamiento exige modificar así este pilar y esto es algo que, además de voluntad, requiere tiempo".

[20] ÁLVAREZ LATA, N., y SEOANE, J.A., "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Derecho Privado y Constitución,* núm. 24, 2010, págs. 11 a 66, esp. pág. 23.

[21] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", op.cit, págs. 335 a 368.

[22] SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., "Reflexión acerca una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", ALCAÍN MARTÍNEZ, E., (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

que se les conferían, por consiguiente, consecuencias jurídicas también diferentes.

La profesora LÓPEZ BARBA[23] señalaba antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 que "….la citada dualidad entre discapacidad (en cualquiera de sus versiones) y capacidad modificada judicialmente (total o parcial) permanece vigente en el código civil, a la espera de que el Proyecto de Ley actualmente en curso ponga fin a esta situación, haciendo referencia únicamente a las personas con discapacidad, cambio que además de terminológico implica un cambio de fondo, cual es que todas las personas disfrutan de plena capacidad jurídica, lo que supone desterrar, definitivamente, cualquier fórmula de discriminación por razón de su discapacidad". En relación al Mandato de la Convención, indicaba, también, la citada profesora LÓPEZ BARBA [24] que "resulta inadecuado, en nuestra opinión, seguir manteniendo un sistema como el nuestro, en el que de acuerdo con el Código civil se posibilita la modificación judicial de la capacidad de un mayor de edad, sobre la base de un determinado tipo de padecimiento. Con estos mimbres, deviene innecesario seguir amparando desde el ordenamiento jurídico la distinción capacidad jurídica, capacidad de obrar. Obsérvese que la Convención menciona únicamente la capacidad jurídica, de la que, como hemos dicho, disfrutan de forma plena todas las personas, de manera que solo cabe establecer restricciones a su ejercicio, cuando éstas son

[23] LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* op.cit, pág. 20.
[24] LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* op.cit, pág. 25.

comunes a todos los individuos, sin que encuentren como base la discapacidad".

De opinión contraria a la arriba expuesta de la profesora LOPEZ BARBA, es la de algún sector doctrinal que insiste en mantener la compatibilidad del sistema de incapacitación con los mandatos de la Convención; así afirma PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[25] que "no es totalmente exacto señalar que el procedimiento de incapacitación, como institución jurídica por medio de la cual se modifica la capacidad de obrar de las personas en aquellos casos en los que carezca de capacidad de autogobierno, es opuesto a los principios establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad"; es decir, admite la adecuación del procedimiento de incapacitación a la Convención Internacional. En ese sentido debemos destacar que "la importantísima Sentencia de 29 de abril de 2009, …promulgó la perfecta compatibilidad de nuestro procedimiento de incapacitación con lo exigido en la Convención…"[26].

[25] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", op.cit, págs. 361-362.

[26] BOTELLO HERMOSA, P. I., en "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", A*nuario de Derecho civil,* tomo LXXI, 2018, fasc. II, pág. 388.

El mismo autor indica en la pág. 378, que de las diferentes medidas a las que obliga la ONU a los Estados Partes destaca la siguiente: "la adaptación del artículo 12 de la Convención para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, es decir, se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten, sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad de obrar". También indica el profesor BOTELLO (en las págs. 378 y 379) que considera "que el artículo 12 es, sin duda, el más importante de la Convención, ya que exige a los Estados Parte que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que puedan adoptar libremente todo tipo de

A continuación, vamos a dar unas breves pinceladas sobre algunos de los cambios previstos en el Proyecto de Ley[27] presentado para su tramitación sobre la base del *Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad* en el *ejercicio de su capacidad jurídica*, aprobado por el Consejo de ministros con fecha 3 de julio de 2020.

El citado Proyecto auguraba una ley que tenía de cambiar la regulación del Código civil para que resulte acorde con lo dispuesto en la Convención.

En ese sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto afirma que "desde un punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos".

La citada Exposición de Motivos manifiesta expresamente la posibilidad de atribuir "al curador funciones representativas", aunque sólo para los casos que sean imprescindibles y de manera extraordinaria[28].

---

decisiones en cualquier ámbito de la vida, siendo apoyados en aquellos casos en que lo necesiten.
Dentro de las instituciones de guarda recogidas, hoy en día, en nuestro C.c., no hay duda de que, tras la Convención, será la curatela el eje central del futuro procedimiento de incapacitación. De hecho, ya lo viene siendo".

27 http://www.congreso.es/portal/page/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#(P%A1gina1)

28 Según la profesora LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y las*

De acuerdo con el Proyecto de Ley, las medidas de apoyo podrían ser de origen legal, judicial o voluntarias. Los instrumentos de apoyo serían (art. 250) la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

También hay que resaltar del Proyecto de Ley la desaparición de la dualidad persona con la capacidad modificada judicialmente (incapacitada) y persona con discapacidad, para mantener únicamente esta segunda expresión. También es destacable que el citado Proyecto de Ley descarta la distinción capacidad jurídica, capacidad de obrar, ya que el artículo 249 se refiere solo al ejercicio de la capacidad jurídica, en consonancia con lo previsto en la Convención.

EL Proyecto de Ley (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17-julio-2020) modificaba, también, los artículos de Derecho Sucesorio que son objeto del estudio central del presente trabajo[29].

---

medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio, op.cit, pág. 55," ...ya tenemos la que podría ser la primera contradicción con la Convención, toda vez que el texto proyectado permite supuestos, excepcionales, eso sí, de representación de la voluntad". Añade la citada profesora en la pág. 57 que "podría concluirse, entonces, que el curador con facultades representativas no difiere mucho de la figura del tutor actualmente prevista. Lo que el Código civil ahora denomina tutor para el caso de un mayor de edad pasaría a llamarse curador con funciones representativas de todas o algunas actuaciones, de acuerdo con el contenido de la sentencia en cada caso. Llamándose curador con representación a lo que antes era tutor".

[29]Según el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (B.O.C.G. de 17-julio-2020), se introducían los siguientes cambios en el Código Civil (relativos a los artículos de Derecho Sucesorio que son estudiados de forma principal en el presente trabajo):

1.- Se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados así:

«También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o

del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.»

«7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.»

2.- El artículo 782 se redacta conforme se indica a continuación:

«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial. No obstante, esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a su vez, hijos en esa misma situación.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes.»

3.- Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que el artículo 808 presenta la siguiente redacción:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.»

4.- Se da nueva redacción al segundo párrafo del artículo 813, según se indica:

«Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808.»

El mencionado Proyecto de Ley, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, ha dado lugar a la repetidamente citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, a la que dedicamos el apartado siguiente.

4.- Referencia a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

5.- Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822, con el siguiente texto:

«La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere 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.»

6.- Se redacta el artículo 1041 con el siguiente tenor:

«No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad psíquica, física o sensorial.»

Dicha Ley fue publicada en Boletín Oficial del Estado, número 132, de 3 de junio de 2021 y entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

Tal como hemos apuntado antes, la mencionada ley pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La citada Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad y exige a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Tal como señala el Preámbulo de la Ley 8/2021, esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Se impone un cambio en el sistema que ha estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predominaba la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a las personas con discapacidad, por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y preferencias de dichas personas, quienes, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

La Ley 8/2021 consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintinueve apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados; el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en veinte apartados; finalmente, el artículo octavo, referido al Código de Comercio, se estructura en tres apartados.

La reforma que se introduce en el Código Civil es la más extensa y la de mayor calado.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», de

suerte que, como señala el Preámbulo de la Ley, el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Añade el citado Preámbulo que en las situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo.

También destaca el Preámbulo citado que no se trata de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales,

cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.

A la hora de establecer los apoyos, la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

Hay que destacar que se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que la nueva normativa persigue. En la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad

llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera.

En la nueva Ley se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.

En la nueva Ley 8/2021 también se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas, según destaca su Preámbulo.

Dentro del Código Civil, la reubicación en los Títulos XI[30] y XII[31] del Libro I de la materia referida a las personas con discapacidad, obliga a la reordenación del tema de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación, de tal forma que el Título IX del mencionado Libro pasa a referirse a la tutela y guarda de menores y el Título X se dedica a la mayoría de edad y a la emancipación. Acorde a lo anterior la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de

[30] "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica".
[31] "Disposiciones comunes".

edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido porun defensor judicial.

Como mencionamos más arriba, la reforma que se introduce en el Código Civil es la más extensa y la de mayor calado de las que realiza la Ley 8/2021; pero dicha Ley también reforma otros textos legales, a los que antes hemos aludido. No parece este trabajo el lugar apropiado para desarrollar todos los cambios legales introducidos por la citada Ley. En líneas anteriores, hemos destacados algunos de los más importantes realizados en el Código Civil, y en este trabajo nos centraremos en los cambios referidos a la protección de las personas con discapacidad en derecho sucesorio.

5.- Referencias a los conceptos discapacidad, incapacitación y dependencia.

Como hemos apuntado con anterioridad, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, convivían en el Código civil la figura de *la persona con discapacidad* con la *incapacitación* o *la capacidad modificada judicialmente,* pero aludiendo a conceptos jurídicos diferentes, a los que se les conferían, por consiguiente, consecuencias jurídicas también diferentes.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se puede considerar suprimida la figura de la incapacitación.

No obstante, como ha sido una figura tradicional en el Código Civil y ha estado vigente hasta la entrada en vigor de la citada Ley,

en este apartado del presente trabajo vamos a referirnos a los conceptos discapacidad e incapacitación; y también al concepto dependencia. Trataremos, asimismo, la relación de los citados conceptos entre sí y su posible coincidencia en una misma persona.

Tenemos que resaltar que en la mayoría de las reformas que la Ley 41/2003 realizó en el ámbito de la sucesión *mortis causa,* el ser una persona con discapacidad aparecía como el requisito determinante de las medidas de protección previstas; bastaría en dichos casos que concurriese en la persona alguna de las minusvalías a las que hacía referencia su artículo 2, sin que fuese necesaria la incapacitación judicial. Sin embargo, para que se pudiese gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente era imprescindible que dicho legitimario se encontrase incapacitado judicialmente. No era suficiente que el hijo o descendiente tuviese la consideración de persona con discapacidad para establecer en su favor una sustitución fideicomisaria.

Los conceptos discapacidad e incapacitación[32] no eran idénticos, aunque tampoco incompatibles.

[32] Sobre este tema, entre otras obras, podemos mencionar: TORRES GARCÍA, T. F.: "Discapacidad e incapacitación", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 437 y ss.; CORDERO CUTILLAS, I., "Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho Civil: ¿Conceptos sinónimos?", *Estudios Financieros,* números 55-56, año 2005, págs. 7 y ss.; MORETÓN SANZ, Mª. F.: "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal", op. cit., páginas 61 y siguientes; RUIZ JIMÉNEZ, J.: "Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005, M*adrid, 2006, págs. 231 y ss.

Respecto del concepto de discapacidad, tenemos que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: “A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En cuanto a su ámbito de aplicación, establece el artículo 4, en sus tres primeros números, lo siguiente:

“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional".

Para precisar el significado de discapacidad, hay que tener en cuenta la regulación específica o especial establecida en la disposición adicional cuarta del Código Civil (añadida por el artículo 13 de la Ley 41/2003[33] y que tiene nueva redacción dada por la Ley 8/2021) que establece: "La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o

[33] Según el artículo 13 de dicha ley 41/2003, dicha disposición adicional 4ª, establecía que: "La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*".*

Y conforme al artículo 2.2 originario de la citada Ley "únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento*".*

III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica."

Y conforme al artículo 2.2 de la Ley 41/2003 (en su actual redacción, dada por la Ley 8/2021): "A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:
a)Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.
b)Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento."

Por su parte el artículo 26.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece, en su apartado b, que la persona que está en situación de dependencia de grado II, se encuentran en dependencia severa, es decir, "cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal"; y en su apartado c, establece que la persona que está en situación de dependencia de grado III, se encuentran en gran dependencia, es decir, "cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias

veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal."

En cuanto a la forma de acreditar el grado de discapacidad, el artículo 2.3 de la Ley 41/2003 (en su actual redacción, dada por la Ley 8/2021) establece lo siguiente:" El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme*".*

Al no haber sido aprobada la normativa reglamentaria propia prevista en la disposición final segunda de la Ley 41/2003[34], tenemos que recurrir al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre[35], que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, aun cuando como se reseña en el propio texto reglamentario lo es en el ámbito de los Servicios sociales y de la Seguridad Social[36] .

---

[34] Disposición final segunda. Desarrollo reglamentario: "El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor".

[35] BOE número 22 de 26 de enero de 2000.

[36] En el BOE número 252 de 20 de octubre de 2022, se ha publicado el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que entrará en vigor el 20-abril-2023.

El Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, regulará desde el próximo 20 de abril de 2023 el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad para tener derecho a la cuantía específica de la asignación económica por hijo a cargo y al incremento de la cuantía de la pensión de invalidez de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, de conformidad con lo previsto en los arts. 354 y 367 de la Ley General de la Seguridad Social.

Este texto establece unos criterios objetivos para la valoración y calificación del grado de discapacidad en todo el territorio del Estado, garantizando con ello el acceso en igualdad de condiciones para toda la ciudadanía. Además, proporciona una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los componentes sociales y económicos que impactan en la persona,

garantizando una descripción más precisa y completa del grado de discapacidad que redunda en una mayor eficiencia y transparencia.

Se establece un trámite de urgencia (art. 10 RD 888/2022) cuando fuese necesario por causas humanitarias o de especial necesidad social, como son las víctimas de zonas en guerra, o de salud y de esperanza de vida, como es el caso de las personas con enfermedades degenerativas, como la ELA, entre otras. También se incluyen en esta reducción de plazos a las mujeres víctimas de violencia de género, ya que, según la última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, el 17,5% tienen una discapacidad ocasionada por esta violencia.

Los menores con discapacidad ejercerán sus derechos en igualdad de condiciones, sin discriminación por motivos de edad o discapacidad, recibirán asistencia y apoyos adaptados a sus circunstancias y tendrán el mismo derecho que los adultos a ser informados y escuchados (art. 8.5 RD 888/2022).

Como novedad, su tramitación pone en el centro a la persona flexibilizando el proceso a través de medios telemáticos y asegurando en todo momento la accesibilidad universal. Asimismo, permite que la persona pueda ir acompañada de una persona de confianza, lo que redundará favorablemente en la autonomía y seguridad de las personas con discapacidades severas o grandes necesidades de apoyo.

También debemos destacar que representantes de la sociedad civil de la discapacidad participarán en primera persona como integrantes de la Comisión de Valoración de la Discapacidad (art. 4.4 RD 888/2022).

A partir de ahora, este nuevo baremo permitirá realizar una valoración y calificación más certera de realidades que causan discapacidad como las discapacidades psicosociales, el autismo o las enfermedades raras. También dispone de una valiosa fuente de información para el estudio y observación de las realidades derivadas de la discapacidad, situación real y evolución, permitiendo la comparación entre países, disciplinas y servicios en diferentes momentos a lo largo del tiempo, y facilitando la explotación de información en otros campos de la salud.

Los dictámenes para el reconocimiento de la discapacidad serán emitidos por equipos multidisciplinares (art. 7 RD 888/2022), quienes previamente habrán realizado una evaluación y calificación del grado de discapacidad (art. 8 RD 888/2022).

La Administración tiene el plazo de 6 meses desde que se presentó la solicitud para dictar la resolución expresa en la que constará el reconocimiento de la discapacidad, la puntuación obtenida según los baremos establecidos y la fecha en la que realizará la revisión del grado.

Tarjeta acreditativa

Una vez reconocida la discapacidad, la Administración emitirá la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad en el que deberán constar los siguientes datos (art. 11 RD 888/2022):

Sin embargo, como el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 – en su redacción originaria- se refería a tres minusvalías (psíquica, física y sensorial) y a distintos porcentajes para su atribución, se hizo necesario añadir una disposición adicional única (tarea que realizó el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero[37]) al citado Real Decreto 1971/1999, la cual bajo la rúbrica de "Reconocimiento del Tipo de minusvalía" dispone que: "En los certificados y

---

a) Datos identificativos.

b) Grado de discapacidad.

c) Periodo de vigencia.

d) Dificultades de movilidad, en su caso.

e) Necesidad de tercera persona, en su caso.

f) Medidas de seguridad y confidencialidad.

La revisión del grado se realizará en la fecha que se establece en la resolución emitida o también cuando haya habido una modificación de las circunstancias que llevaron a su reconocimiento (art. 12 RD 888/2022).

Tanto la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad como de revisión del grado pueden ser objeto de reclamación de acuerdo con el art. 71 LRJS (art. 13 RD 888/2022).

Además, ya se está programando desde la Administración una formación especializada a todo el personal valorador en las nuevas herramientas, como garantía de equidad en su aplicación (disp. adic. 4ª RD 888/2022).

Con la aprobación y entrada en vigor de este Real Decreto – 20 de abril de 2023-, quedan derogados el RD 1971/1999, 23 dic., de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado.

Con este nuevo procedimiento se da cumplimiento a los compromisos adoptados en la esfera nacional e internacional, adaptándose al modelo social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, y se da respuesta a una demanda de las personas con discapacidad que llevaba bloqueada 10 años.

[37] En dicho Real Decreto se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Hay una corrección de errores de ese R.D. 290/2004 en el BOE de 7-abril-2004, pág. 14.568)

resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía expedidos por organismo competente, se hará constar en lo sucesivo como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física y sensorial, según corresponda".

Esta disposición adicional única del Real Decreto 1971/1999 pasó a denominarse disposición adicional primera, en base a la modificación introducida por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre[38]. Posteriormente el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre[39] modificó la redacción de dicha disposición adicional primera, que queda redactada como sigue:

"1. A instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación, se certificará por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en

[38] Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE 26-diciembre-2009).

[39] Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE - octubre-2012). El preámbulo del citado Real Decreto 1364/2012 justifica el cambio de redacción en base a los siguientes argumentos: "Igualmente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ONU 2006, reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Los Estados Partes de la citada Convención protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Es por ello, por lo que se estima necesario suprimir la obligatoriedad de señalar el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias en la resolución de reconocimiento de la situación de discapacidad, incluidas en la disposición adicional primera del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, y proteger la privacidad de la información personal que, a instancia de la persona interesada o de su representante, hay que incluir en el certificado de la situación de discapacidad; evitando connotaciones peyorativas innecesarias y promoviendo la autonomía individual de las personas con discapacidad."

el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita.

2. El organismo competente emitirá el certificado a que se refiere el apartado anterior en el plazo máximo de 15 días naturales siguientes al de la presentación de la solicitud."

Cabe plantearse si esa "o resolución judicial firme" del artículo 2.3 de la Ley 41/2003 es un modo de acreditación de la discapacidad distinto del certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por el contrario es punto final del recurso planteado ante la jurisdicción social previsto en el artículo 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social contra las resoluciones sobre reconocimiento del grado de minusvalía del artículo 12 del Real Decreto 1971/1999.

En relación con lo anterior, la profesora TORRES GARCÍA[40] se decantó por la segunda opción, ya que considera -de forma acertada- que el único medio de acreditar a una persona con discapacidad es el procedimiento regulado el Real Decreto 1971/1999[41].

---

[40] TORRES GARCÍA, T. F., "Discapacidad e incapacitación", op. cit., págs. 450 y ss.

[41] El notario LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", Discapacitado*, patrimonio separado y legítima,* Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.006, págs. 232 y 233, escribe sobre el tema que "en tanto no se apruebe ese reglamento valdrá como documento acreditativo del grado de discapacidad, el certificado que determina el derecho a cobrar la pensión de la seguridad social establecida para el caso. Y la resolución judicial será la del Tribunal que resuelva el recurso correspondiente contra el contenido o la negativa de esta certificación".

Por su parte RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., en "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, nº 4, 2ª quincena de febrero de 2004, pág.358, escribió "No basta pues una deficiencia (pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica) que repercuta directamente

En cuanto a la incapacitación[42], como se sabe, se encontraba regulada en los artículos 199 y siguientes del Código civil, habiendo sido derogados los artículos 202 a 214 por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la cual regulaba los procesos que versaban sobre la capacidad de las personas (artículos 748 a 755 LEC) y los de declaración de prodigalidad (artículos 756 a 763 LEC). Según establecía el artículo 200 del Código civil -derogado por la Ley 8/2021- "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a las personas gobernarse por sí misma". Por su parte el artículo 201

---

en la capacidad del sujeto de realizar actividades en los términos considerados normales para un ser humano (discapacidad) y que esa deficiencia, y consiguiente limitación de la capacidad de llevar a cabo actividades, genere una situación desventajosa para el individuo en tanto le impida el desempeño de un rol social que le es propio (minusvalía); es necesario, además, que la valoración de discapacidad, que se realizará mediante la aplicación, por el órgano técnico competente, de los baremos que se acompañan como anexo en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, alcance el porcentaje que se precisa en la Ley. No importa, sin embargo, a estos efectos, que la deficiencia constituya o no causa de incapacitación conforme al artículo 200 del CC; y tampoco, caso de serlo, que se haya o no seguido el procedimiento oportuno y obtenido la declaración judicial correspondiente. Mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa; puede ocurrir que la causa de discapacidad no sea causa de incapacitación, o incluso que, siendo la causa de discapacidad causa de incapacitación, no se haya instado el procedimiento judicial cor respondiente y no exista sentencia incapacitadora."

[42] Sobre la incapacitación, escribió el profesor LASARTE, en *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, *Introducción al Derecho*, 24ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2.019, págs. 125 y 126 que "la incapacitación entendida como modificación de la capacidad de una persona, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De este modo, el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Como, de manera especialmente plástica, afirma la S.T.S. 341/2014, de 1 de julio, el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser "un traje a medida" (cfr. También S.T. S. 2065/2016, de 11 de octubre. Pon. Sancho Gargallo)"

-también derogado por la Ley 8/2021- establecía que “los menores de edad sólo podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

Además, para que una persona fuera incapacitada no era suficiente con que en ella concurriese alguna causa de incapacitación, sino que era imprescindible la correspondiente sentencia judicial que así lo declarase (según el derogado artículo 199 del Código civil).

Por lo que se refiere a las personas que estaban legitimadas para instar la declaración judicial de incapacitación, la Ley 41/2003 modificó el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -modificado posteriormente por la ley 8/2021- , de manera que podían promover la declaración judicial de incapacitación, no sólo el Ministerio Fiscal, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz, sino también éste mismo. No obstante, debía entenderse prevalente el párrafo 4º de dicho artículo, de manera que cuando el presunto incapaz fuese menor de edad, no lo podría promover él mismo sino los padres o tutores[43].

La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 explica al referirse a los beneficiarios de patrimonios protegidos, que en las personas con discapacidad podían concurrir o no las causas de incapacitación judicial contempladas en el derogado artículo 200

[43] En ese sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 687, enero-febrero 2.005, pág. 17; y GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela, 2005, pág. 151.

del Código Civil y, concurriendo, tales personas podían haber sido o no judicialmente incapacitadas. Es decir, para tener la consideración de "*persona con discapacidad"* no era imprescindible estar judicialmente incapacitado; sólo era necesario estar afectado por los grados de minusvalía señalados en el artículo 2.2; y el grado de minusvalía se podía acreditar -como hemos dicho antes- "mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente*".*

Por tanto, con ese concepto de persona con discapacidad estábamos ante una institución de nuevo corte para el Derecho Civil**.**

A los conceptos de discapacidad e incapacitación hay que unir, a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el de dependencia, que es definido en su artículo 2.2 como "el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental de otros apoyos para su autonomía personal". Las "Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD)" son, según el artículo 2.3 de la Ley 39/2006 "las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas"; según el artículo 2.4, las "necesidades

de apoyo para la autonomía personal" son "las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad", lo cual está relacionado, según establecía el anexo I del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprobó el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006[44], con la capacidad para tomar decisiones, de modo que la misma será valorada en esas personas con discapacidad intelectual o mental para valorar o determinar su grado de dependencia. Según establecía el citado Anexo I del Real Decreto 504/2007, esta capacidad para tomar decisiones consistía en la "capacidad de controlar, afrontar, y tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo a las normas y preferencias propias. Agrupa la toma de decisiones relativas a las actividades de auto cuidado, actividades de movilidad, tareas domésticas, interacciones personales básicas y complejas, usar y gestionar el dinero y uso de servicios a disposición del público". Pues bien, cabía la posibilidad de que una persona fuese declarada dependiente[45] por ser incapaz de tomar

[44] Actualmente existe un nuevo baremo en virtud del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 18-febrero-2011).

[45] En cuanto a la declaración de dependencia, el artículo 27.1 de la Ley 39/2006 establece que "la Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir…"; el artículo 28.2, que "el reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado"; y el artículo 28.3 que dicha resolución "determinará los servicios o prestaciones que correspondan al solicitante según el grado y nivel de dependencia."

decisiones, motivo por el que podía requerir de la ayudas o apoyos correspondientes que pudiesen derivar de la Ley 39/2006 y del Real Decreto 504/2007 (actualmente del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero) y, además, por la misma razón, podía ser incapacitada judicialmente, nombrándosele un tutor o curador, según estimase oportuno el juez competente[46].

Así pues, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, una misma persona podía reunir los caracteres de dependiente e incapacitada; si bien una persona podía ser dependiente y no estar incapacitada judicialmente.

En la actualidad, hay que destacar que en base a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del Código Civil (añadida por el artículo 13 de la Ley 41/2003 y con nueva redacción dada por la Ley 8/2021) tendrán la consideración de persona con discapacidad, además de las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; si bien a los efectos de los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041 del Código Civil. Es decir, en algunos casos, una persona puede ser persona dependiente y persona con discapacidad a la vez; es decir, reunir los dos caracteres conjuntamente.

[46] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 60, así lo estimaba, acertadamente.

CAPITULO II

ATRIBUCIÓN DE UNA DONACIÓN O DE UN LEGADO DE DERECHO DE HABITACIÓN A UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD

CAPITULO II

Atribución de una donación o de un legado de derecho de habitación a una persona con discapacidad

1.- Introducción[47]

Para cualquier persona el poder disfrutar de una vivienda constituye una necesidad esencial que, teniendo en cuenta los precios elevadísimos que tienen en la actualidad, es de difícil satisfacción. Esta afirmación es aplicable especialmente a las personas con discapacidad[48], que verán aumentadas dichas dificultades. Una persona con discapacidad tiene especiales dificultades para obtener los recursos económicos necesarios para alquilar o adquirir una vivienda.

Como señala el notario LEÑA FERNÁNDEZ[49], entre las preocupaciones que, con más asiduidad, presentan los padres en el despacho de los notarios, respecto a sus hijos discapacitados, se encuentra la relativa al aseguramiento a estos mientras vivan, de un lugar donde vivir.

---

[47] Para la elaboración de este capítulo he partido de mis publicaciones: "El legado de Derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil", *Revista de Derecho UNED (RDUNED),* Núm. 1, 2006, págs. 471 a 488; y "Hogar familiar: atribución de un derecho de habitación a un legitimario persona con discapacidad", *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales* (*Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional "La Protección de las Personas Mayores", Córdoba 7-9 octubre 2009*), Edita IDADFE (CD-ROM), Madrid, 2009, págs. 1 a 18.

[48] La Ley 51/ 2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establecía entre sus principios, el de vida independiente y el de normalización. En el desarrollo de esos principios, se incardina la facilitación del uso de una vivienda para las personas con discapacidad.

[49] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 205.

Como anteriormente hemos destacado, el artículo 10 de la Ley 41/2003 modificó el Código Civil en materia de régimen sucesorio y dicha modificación afectó, entre otros, al artículo 822.

Hasta esa reforma que hizo la Ley 41/2003 del artículo 822 no existía ninguna norma civil que favoreciera directamente la obtención por una persona con discapacidad del uso de una vivienda.

Respecto de esa reforma introducida por la Ley 41/2003, hay que destacar que dio un contenido completamente nuevo al artículo 822 y que afectó al régimen de las legítimas; en concreto supuso la tangibilidad de la legítima. Asimismo, hay que precisar que la disposición normativa ubicada en el anterior artículo 822 pasó -con nueva redacción- a constituir un nuevo párrafo tercero del artículo 821.

Por otro lado, como ya dijimos anteriormente, hay que reseñar que en la mayoría de las reformas que la Ley 41/2003 realizó en el ámbito de la sucesión *mortis causa,* el ser una persona con discapacidad aparecía como el requisito determinante de las medidas de protección previstas; bastaba en dichos casos que concurriese en la persona alguna de las minusvalías a las que hacía referencia su artículo 2, sin que fuese necesaria la incapacitación judicial. La incapacitación solamente se exigía como requisito para permitir el gravamen de la legítima[50] a través de sustituciones fideicomisaria en beneficio de hijos o descendientes.

[50] Sobre la legítima en general, entre otras publicaciones, podemos mencionar: GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., La *legítima en el Código Civil,* 2ª edición, *Editorial* Marcial Pons, Madrid, 2.006; TORRES GARCÍA, T. F., "Legítima y legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil", Santander, 9 a 11 de febrero de 2.006, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.006, págs. 173 y ss; REVERTE NAVARRO, A.,

La Ley 8/2021 ha modificado ligeramente la redacción de los párrafos primero y segundo del citado artículo 822[51], permaneciendo inalterados los párrafos tercero y cuarto. Dicho artículo regula la atribución de un derecho de habitación a un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad, con el siguiente tenor literal:

"La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su

---

"Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, Coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 4.133 y ss.

[51] Los citados párrafos primero y segundo del artículo 822, en la redacción originaria de la Ley 41/2003, tenían el siguiente tenor literal: "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.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones 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."

titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

Como ya dijimos en la introducción de este trabajo, para precisar el significado de “discapacidad”, a efectos del artículo 822, tenemos que acudir a la Disposición Adicional cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006.

Esto último supone un cambio importante en relación a la redacción originaria de dicha Disposición Adicional por la Ley 41/2003.

2.- Personas intervinientes en la donación o legado de derecho de habitación

a) Persona beneficiaria de la donación o del legado de derecho de habitación

Para ser donatario o legatario de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, según el artículo 822, además de encontrarse en situación de discapacidad hay que ser legitimario. Quiénes son legitimarios nos lo dice el artículo 807 del Código Civil:

“1º Los hijos y descendientes respecto de los padres y ascendientes.

2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este código".

Por tanto, en el supuesto de un legitimario (si ve satisfecha su legítima con la institución de heredero) que se beneficia del derecho de habitación por la vía del legado nos encontraríamos ante la figura del prelegado. En ese sentido se manifiesta la profesora DONADO VARA[52], cuando afirma que "al ser la persona beneficiada con el derecho de habitación también un heredero, legitimario del causante, estaremos ante la figura del prelegado, recogida en el artículo 890 del Código civil". Esa es la opinión, también, de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[53], quien afirma que "fuera de los casos en los que el sucesor discapacitado haya recibido su legítima por donación o legado de otros bienes del causante tendrá presencia la institución del prelegado, al aunar la posición de heredero y la de legatario".

Sin embargo, el profesor SERRANO[54] manifiesta que "… estaríamos ante un prelegado, si no fuera por la circunstancia de que el derecho de habitación se saca de la herencia, no entra en ella para calcular el valor de los bienes que hay que partir".

---

[52] DONADO VARA, A., en "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", Estudios *jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez",* coordinadores: Alventosa del Río, J. y Moliner Navarro, R., edita Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia 2008, pág. 375.

[53] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* directores: Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.P.*,* Ed. La Ley - Wolters Kluwer*,* 2015, pág. 161.

[54] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* Ed. Iustel, Madrid, 2008, págs. 496.

No obstante, hay que resaltar que existe el legado (aunque no se compute para el cálculo de la legítima) y existe, en su caso, el legitimario que ve satisfecha su legítima con la institución de heredero, con lo cual en una misma persona confluyen los títulos de heredero y legatario.

Hay que reseñar que el artículo 822 no establece ningún tipo de preferencia entre los posibles legitimarios y, por tanto, el beneficiado puede ser cualquiera de ellos. Lo que ocurre es que el caso más frecuente de legitimario beneficiado será el del descendiente, y ello, porque no es muy frecuente el supuesto de supervivencia respecto a los descendientes careciendo estos, a su vez, de descendencia (único supuesto en que serían legitimarios los ascendientes) y en cuanto al cónyuge supérstite, porque, también, normalmente, los cónyuges suelen dejarse mutuamente el usufructo universal de la herencia (con la cautela sociniana o gualdense), o, al menos el usufructo de la vivienda habitual en que conviven ambos cónyuges, que es la que ha de soportar el gravamen del derecho de habitación[55].

En relación a este tema, y a pesar de que el artículo 822 del Código civil indica con claridad que para ser donatario o legatario de un derecho de habitación además de encontrarse en situación de discapacidad hay que ser legitimario, BOTELLO HERMOSA[56] es partidario de ampliar el círculo de posible personas beneficiarias de un derecho de habitación; así indica el citado autor que "particularmente soy partidario de que la interpretación que hay que

[55] LEÑA FERNÁNDEZ, R. "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 209.

[56] BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", A*nuario de Derecho civil,* tomo LXXI, 2018, fasc. II, pág. 351.

dar al art. 822 en cuanto a que la donación se haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, sea una interpretación lo más amplia posible, en el sentido de que pueda verse favorecido por este nuevo derecho de habitación cualquier legitimario, aunque no sea legitimario efectivo, oponiéndome con ello a que se siga el régimen general de las atribuciones a título gratuito (los legitimarios más próximos excluyen a los del siguiente grado).

Con ello se evitaría, por ejemplo, la situación absurda de un nieto con discapacidad cuyo padre viviese (sería éste el legitimario), no pudiese verse beneficiado de tal derecho, aunque esa fuese la voluntad de su abuelo simplemente por no ser legitimario del causante. Lo mismo ocurriría con el padre con discapacidad del testador que por tener hijos no puede proteger mediante esta medida al padre con discapacidad".

Aunque se pueda considerar plausible pretender favorecer al nieto con discapacidad o al padre en la misma situación, tal como es la intención del citado autor, hay que reconocer que el Código civil es claro al determinar que, además de persona con discapacidad, el beneficiario del derecho de habitación tiene que ser legitimario. En consecuencia, y en nuestra opinión, al no ser legitimarios, dichas personas no podrían ser beneficiarias de un derecho de habitación.

De este mismo parecer es también SERRANO GARCÍA[57], quien indica que "el donatario o legatario tiene que ser un discapacitado con derecho a legítima (descendiente, ascendiente o cónyuge); no cabe por vía de este legado el derecho de habitación

[57] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., págs. 491 y 492.

sobre la vivienda habitual al nieto, viviendo el hijo (el padre es legitimario, y no el nieto)".

Intentando determinar a qué legitimarios se refiere el artículo 822, la profesora FUENTESECA DEGENEFE[58] afirma que, el "párrafo 1º al mencionar únicamente al "legitimario persona con discapacidad", está excluyendo del derecho de habitación a quienes no sean legitimarios, por ejemplo, un nieto"; también afirma la citada profesora "que, posiblemente, el párrafo 2º se refiere a hermanos del discapacitado, mientras que el párrafo 3º (*debe querer referirse al párrafo 4º*) parece aludir al cónyuge de quien dispone a favor de un discapacitado."

También es posible que entre los legitimarios pueda haber más de uno con discapacidad. En este supuesto el disponente podría decidir que el derecho de habitación es para uno sólo de ellos -aunque ello no supone que los demás legitimarios tengan que abandonar la vivienda-, o bien designar como cotitulares del derecho de habitación a varios.

Hay que plantearse la posibilidad de que la discapacidad, que se puede revisar, desaparezca y los posibles efectos en relación al legado previsto en el artículo 822 del CC. Si la discapacidad desaparece una vez que se ha consumado el efecto del legado del derecho de habitación -de no computar para el cálculo de la legítima-, parece que la persona con discapacidad, además de ese

[58] FUENTESECA DEGENEFE, C., "Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo I, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1º edición, 2.004, págs. 1.756 y 1.757.

trato de favor recibido, resulta beneficiada al no tener ya discapacidad. Cuestión distinta es si puede continuar disfrutando del derecho de habitación, al ser ya una persona sin discapacidad y haber decaído la situación personal que motivó la constitución de dicho derecho. A efectos prácticos, si el propietario de la vivienda que soporta el derecho de habitación no actúa para que la desaloje, podrá seguir disfrutando del citado derecho. Por el contrario, el problema se planteará si el propietario de la citada vivienda entiende finalizado el derecho de habitación e insta al habitacionista al desalojo. La solución en este caso debe estar inspirada en el principio de favorecer a las personas con discapacidad: el derecho de habitación debe considerarse vitalicio; aparte de que la persona puede verse afectada de nuevo por una minusvalía y ser considerada –otra vez- persona con discapacidad.

Un supuesto distinto sería que la discapacidad desapareciese después del fallecimiento del causante, pero antes de la terminación de las operaciones particionales. Parece que en este caso no sería de aplicación el trato de favor previsto artículo 822 del CC; sin embargo, hay que tener en cuenta la posibilidad de que la persona puede verse afectada de nuevo por una minusvalía y ser considerada –otra vez- persona con discapacidad[59].

[59] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, op. cit. pág. 498, indica sobre este tema que "cuando la discapacidad, que es revisable, desaparece, hay que pensar que decae la situación personal indispensable para que opere el legado, al menos, con seguridad, el legado legal. Si es un legado propiamente dicho, testamentario, hay que ver la disposición concreta e interpretarla, para poder determinar, caso por caso, la situación, si bien el 793 contempla el caso del legado de derecho de habitación mientras el legatario "permanezca soltero o viudo", lo que significa la aposición de una condición. De la misma manera el legado del 822, será mientras el legatario permanezca en la situación de persona con discapacidad".

Además, para que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual no se compute para el cálculo de la legítima es necesario que el legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad esté conviviendo con el titular de la vivienda -en la misma- en el momento del fallecimiento de éste. No se precisa ningún plazo de convivencia previa. Es suficiente con que esa convivencia se hubiera iniciado en el momento de la muerte del causante.

El término convivencia hay que entenderlo en el sentido habitual de esa expresión que conlleva la existencia de una vida en común. En relación con esto, afirma la profesora DÍAZ ALABART[60] que no afectará que en el momento del fallecimiento el causante se encontrara, con o sin el discapacitado, en una casa de vacaciones o ingresado en un hospital; ni tampoco que el discapacitado pasara parte del tiempo en algún centro formativo o sanitario. Ahora bien, añade la citada profesora, es claro que el discapacitado debe estar en condiciones de disfrutar del derecho de habitación, aunque necesite de algún tipo de ayuda externa. Si no es así carece de sentido la propia constitución del derecho de habitación pues no podría aprovecharlo.

En cuanto al modo de probar la convivencia, se puede realizar por cualquier medio admitido en derecho, como, por ejemplo, el empadronamiento en la vivienda, que en ella esté el domicilio fiscal de ambos, por medio de testigos, etc.

Hay que resaltar que cuando se trata de una donación o de un legado dispuesto por el causante, el artículo 822.1 no dice nada de

[60] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", *Aranzadi Civil* 2006, volumen I, primera edición (Tomo XV), pág. 2127.

que sea necesario que el legitimario discapacitado habitacionista "necesite" la vivienda, requisito que aparece como necesario para el legado legal previsto en el segundo párrafo del citado precepto. Se puede plantear la duda de si dicho requisito es también necesario en el supuesto previsto en el primer párrafo. En esta cuestión la doctrina se encuentra dividida. En nuestra opinión, parece que no es necesaria dicha "necesidad" del legitimario discapacitado, puesto que si el legislador hubiese querido introducir dicho requisito en los supuestos de constitución voluntaria del derecho de habitación previstos en el artículo 822.1, así lo habría hecho[61].

De esta misma opinión es BOTELLO HERMOSA[62], quien tras plantearse si la "necesidad" es también necesaria en el supuesto de previsto en el artículo 822.1, continúa diciendo que "…entiendo que no, y que una persona con discapacidad que disponga de otros bienes puede ser igualmente beneficiada con el derecho de habitación sobre el inmueble en el que convivía con el testador, siempre que esta fuese la voluntad del causante".

Esa misma línea de opinión sigue DE AMUNÁTAGUI RODRÍGUEZ[63], quien indica que "aún a pesar de coincidir con quienes piensan que estando ante un gravamen de la legítima, debería interpretarse en sentido restrictivo, debiendo quedar

---

[61] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), op. cit., pág. 2125, argumenta en sentido contrario que "para el derecho de habitación el art. 822, dicho o no en el texto del precepto, en todos los casos es requisito esencial la "necesidad" de vivienda del discapacitado".

[62] BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op, cit., pág. 354.

[63] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 154.

excluido el legado (o también la donación) del cómputo de las legítimas exclusivamente en caso de que el discapacitado necesitara la vivienda, extendiendo el presupuesto a la aplicación del párrafo primero, lo cierto es que la exigencia de necesidad tan sólo se menciona en el párrafo segundo, relacionándola indirectamente con otra necesidad, la de los posibles colegitimarios, por lo que no creo que sea exigible en la donación o legado voluntario".

Abunda en dicha línea doctrinal RAGEL SÁNCHEZ[64], quien indica que "… la explícita voluntad del donante o testador en el sentido de conceder al pariente discapacitado *exime de acreditar la necesidad de vivienda de ese pariente.* El disponente es árbitro de la situación y con su decisión ha evidenciado su intención de brindar una vivienda a su pariente discapacitado, exista o no en éste una verdadera necesidad de vivienda".

Tras la Ley 8/2021, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ[65] considera que, para ser beneficiario de la donación o legado de un derecho de habitación, se requieren declaraciones administrativas de discapacidad o dependencia que "puede ser sustituida por la de una medida de apoyo respecto de la persona en el supuesto de discapacidades cognitivas, especialmente si el apoyo prestado por el curador es de carácter representativo. No obstante, lo que no

[64] RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, pág. 4.030.

[65] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC.", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C., Ed. Thomson Reuter Aranzadi, 2021, pág. 954.

creo posible a la vista de la reinstauración de la Disposición adicional y de la remisión al concepto de discapacidad y dependencia de las mencionadas normas será obviar o prescindir de la declaración administrativa o de una medida de apoyo constituida judicialmente."

b) Persona que dona o lega el derecho de habitación

El artículo 822.1 exige para la persona que done o legue el derecho de habitación que sea "titular" de la vivienda. Esa expresión de ser "titular" se puede interpretar en el sentido de tener poder de disposición sobre la misma. Así podrían ser el propietario o los copropietarios de la vivienda. En cambio, no podrían ser considerados titulares otras personas como el usufructuario o el heredero fiduciario, ya que ese derecho de habitación desplegaría sus efectos a la muerte del causante, con lo que el usufructo habría finalizado, y en el supuesto del heredero fiduciario la propiedad pasaría al sustituto fideicomisario.

Ahora bien, cabe la posibilidad de legar sin tener poder de disposición sobre la vivienda, sería un legado de cosa ajena (por ejemplo, la vivienda habitual es del cónyuge del testador).

c) Persona gravada con el legado de derecho de habitación

En el legado del derecho de habitación, además del causante y del legatario, interviene un tercer sujeto que es el gravado con el legado (como señala el profesor SERRANO[66]); no *gravado* en el

[66] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 498.

sentido tradicional de los legados, porque la ausencia de computación para el cálculo de las legítimas, supone que nadie soporta en su porción ese legado.

Aunque consideramos, como después explicaremos, que el supuesto previsto en el artículo 822.1 se puede considerar una excepción al principio general de que el legatario ha de pedir la posesión al heredero o albacea, el profesor SERRANO [67] defiende que el legado tiene que entregarse en todo caso y que alguien tendrá que hacerlo; según el citado profesor, como regla general, un legado de este tipo *gravará* a todos los herederos, sin perjuicio de que el disponente pueda señalar a algún heredero singular imponiéndole la entrega del legado, lo que ocurrirá si la vivienda sobre la que se constituye el derecho de habitación se atribuye testamentariamente a un heredero concreto. Añade el citado profesor que también puede legarse la propiedad de la vivienda habitual con la carga de un derecho de habitación a favor del legitimario persona con discapacidad (artículo 868); y que en el supuesto del legado legal previsto en el párrafo 2º del artículo 822 no hay ningún gravado ni en sentido propio ni impropio y que, en consecuencia, es cuestión complicada determinar quien paga dicho legado[68].

---

[67] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, pág. 498.

[68] Sobre la cuestión del gravado por el legado, escribe DONADO VARA, A., en "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", Estudios *jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez",* op. cit., pág. 375, que "los legados serán soportados por todos los herederos de un modo proporcional, a no ser que el testador señale otra cosa, en cuyo caso únicamente uno de los herederos debería soportar el derecho de habitación sobre una vivienda que se le ha atribuido de manera individual".

3.- Derecho de habitación: su intransmisibilidad.

El derecho de habitación es regulado por el Código Civil, junto con el derecho de uso, en los artículos 523 a 529. Ambos derechos se pueden considerar como un derivado o apéndice del derecho de usufructo.

Según el artículo 524 del Código Civil "el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente. La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia". En la misma línea dispone el artículo 526 que "el que tuviere el uso de un rebaño o piara de ganado, podrá aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive". Por tanto, el usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios superiores a la satisfacción de la misma. Éste es el límite del derecho de uso.

Según los profesores DÌEZ-PICAZO y GULLÓN[69] el derecho real de habitación es una forma de derecho de uso caracterizado por el objeto sobre el que recae.

Por su parte el profesor CLEMENTE MEORO[70] indica que del artículo 524.2 del C.C. se obtienen como características del derecho de habitación: 1ª) recaer sobre un objeto determinado, una casa ajena, y para fin determinado, vivienda; 2ª) no conceder al titular un

[69] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1.990, (4ª reimpresión, 1.995) pág. 435.

[70] CLEMENTE MEORO, M., "Los derechos de uso y habitación", Derechos *Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* coordinadores: López y López, A. M. y Montés Penadés, V., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994, pág. 501.

derecho sobre los frutos. También señala el citado profesor que no es lo mismo un derecho de uso -tal y como lo tipifica el Código Civil- que recaiga sobre una casa que un derecho de habitación. El usuario de una casa podrá usar la casa para vivienda o para otros fines, mientras que el titular del derecho de habitación sólo puede tenerla de vivienda propia y de su familia.

En cuanto al régimen jurídico de los derechos de uso y habitación el artículo 523 del C.C. establece que "las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto por las disposiciones siguientes". Y el artículo 528 señala que "las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo". Por tanto, esos derechos se regirán: en primer lugar, por lo dispuesto en su título de constitución; en segundo lugar, por lo dispuesto en los artículos 523 a 529 del C.C. y, subsidiariamente por las disposiciones establecidas para el usufructo, en la medida en que sean aplicables.

En cuanto a las obligaciones de los titulares de los derechos de uso y de habitación el artículo 527 del C.C. dice "si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario.

Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamiento bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes suplirá aquel lo que falte".

El artículo 525 del C.C. indica que “los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*”.* Esto supone una diferencia importante entre estos derechos y el derecho de usufructo. Por otro lado, mientras que el artículo 107.1 de la Ley Hipotecaria permite la hipoteca del derecho de usufructo, el artículo108.3 de la misma ley no permite hipotecar los derechos de uso y habitación.

Según señala CLEMENTE MEORO[71] la mayor parte de la doctrina entiende que la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación recogida en el artículo 525 del C.C. no es de derecho necesario en cuanto que las facultades del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán en primer lugar por el título constitutivo y, por tanto, éste puede establecer la transmisibilidad.

En el caso concreto del derecho de habitación previsto en los párrafos primero y segundo del artículo 822 del C.C., el párrafo tercero del mismo artículo señala expresamente “el derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible”. En el supuesto del párrafo segundo, al ser el propio Código el que atribuye el derecho de habitación, no hay duda de su intransmisibilidad. En el supuesto del párrafo primero, la cuestión se podría plantear si el donante o el testador al instituir el derecho de habitación estableciesen que el beneficiario del mismo pudiera transmitirlo. Como el artículo 822 contiene una regulación específica del derecho de habitación, prevalecería la intransmisibilidad prevista en el párrafo tercero sobre lo dispuesto por la persona que instituya el derecho de habitación por donación o por legado. Además, hay que destacar que la regulación contenida en el artículo 822

[71] CLEMENTE MEORO, M., “Los derechos de uso y habitación”, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* op. cit., pág. 502.

consagra un régimen excepcional, que se justifica únicamente por la discapacidad del habitacionista y que solamente a este puede beneficiar. Si el donante o el testador al instituir el derecho de habitación estableciesen que el beneficiario del mismo pudiera transmitirlo, el derecho así constituido se regiría por el sistema ordinario, es decir se computaría su valor para el cálculo de las legítimas. En conclusión, el derecho de habitación regulado en el párrafo primero del artículo 822 -al igual que el del párrafo segundo- es intransmisible[72].

[72] Se manifiesta de forma clara y rotunda por la intransmisibilidad la profesora DÍAZ ALABART, S., en "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2121. De esa misma opinión es la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., en "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", Actualidad *Civil*, nº 4, 2ª quincena de febrero de 2004, pág.366; que, incluso, señala que la intransmisibilidad declarada en el párrafo tercero del art. 822 es innecesaria.

Por su parte DONADO VARA, A., en "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez",* op.cit., pág. 372, dice que "intransmisibilidad de este derecho de habitación que reitera de manera un tanto innecesaria el nuevo artículo 822 del Código civil, aunque seguramente lo haga para que no quepa ninguna duda de que se trata de un derecho personalísimo del legitimario con discapacidad, establecido únicamente en su beneficio".

En la misma línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., en "Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", op. cit., pág. 151, dice "continuando con las similitudes, ambos derechos de habitación, el voluntario y el de origen legal, serán intransmisibles, abundando en uno de los caracteres definitorios de tal derecho real, sin que la transmisibilidad pueda ser autorizada por el causante".

También se manifiesta por la intransmisibilidad BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbre jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op, cit., pág. 355, quien afirma que " tanto el derecho de habitación que tiene su origen en actos voluntarios del titular de la vivienda, como el que atribuye directamente la ley, son intransmisibles, por lo que el legitimario con discapacidad no puede transmitir tal derecho ni por actos *inter vivos* ni por actos *mortis causa,* si bien, antes de esta declaración expresa del párrafo 3º del art. 822 del C.c., ya el art. 525 del

Tras la reforma introducida por la ley 8/2021, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[73] critica mantener la intransmisibilidad del derecho de habitación y afirma: “creo que esta medida es una de aquellas que restringen los derechos de las personas con discapacidad a heredar en igualdad de condiciones que los demás, así como a limitar y cercenar la administración de sus bienes mediante el establecimiento de la intransmisibilidad del derecho de habitación, como una medida tuitiva, que ya no resulta conforme con las nuevas ideas de la que parte la reforma.

Observamos, así como una norma pensada e ideada para la protección de la persona, espíritu de la reforma obrada en el 2003, garantizando de alguna manera el acceso a la vivienda en la que ha residido siempre, debería ceder ante el reconocimiento de las previsiones de la CDPD en el sentido de eliminarse cualquier norma en la que no se respete el criterio de la persona con discapacidad en la llevanza de sus asuntos patrimoniales en igualdad de condiciones con los demás.”[74]

Nosotros entendemos que, con independencia de que en la redacción final de los preceptos el legislador se haya adecuado más o menos al espíritu de la nueva reforma y de la valoración que de

---

mismo Código establece con carácter general para todo derecho de habitación su intransmisibilidad”.

[73] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC.”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, op.cit. págs.954 y 955.

[74] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Sucesión intestada, atribuciones <ex lege> y protección de las personas con discapacidad”, *Derechos de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, págs. 152 y ss., lo considera un supuesto de discriminación positiva.

ello se tenga, el derecho de habitación regulado en los dos primeros párrafos del artículo 822 es intransmisible.

En cuanto a la extinción de los derechos de uso y habitación el artículo 529 del C.C. señala que dichos derechos "se extinguen por las mismas causas que el usufructo, y además por abuso grave de la cosa y de la habitación*".* El Código Civil regula la extinción del usufructo en los artículos 513 a 522, estableciendo el primero de ellos que "el usufructo se extingue: 1º. Por muerte del usufructuario. 2º. Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3º. Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona[75]. 4º.

[75] Parece claro que la consolidación es causa de extinción del derecho de habitación, incluso en el caso del artículo 822 del Código civil.

Sin embargo, sobre este tema, la profesora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, realiza unas reflexiones singulares e interesantes, en "Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", op. cit., págs. 157 y siguientes. A continuación, intentaré reseñar, de forma resumida, algunos aspectos importantes de dichas reflexiones. Así, indica la citada profesora, op. cit., pág. 157, que "… lo que no se plantea la doctrina es que esa consolidación puede tener lugar en numerosos supuestos en perjuicio del discapacitado, con lo que el derecho previsto perderá esa finalidad esencialmente protectora a la que estaba destinado."

Continúa exponiendo la citada profesora AMUNÁTEGUI, op. cit., pág. 158, que "el problema se plantearía, cuando el discapacitado recibiera el inmueble en propiedad exclusiva, por ejemplo en el caso de que los llamados como herederos repudiaran su parte, pues en tal caso, de llegar a convertirse en heredero único perdería su derecho de habitación por consolidación, lo que, como se verá, podría significar un perjuicio en el caso en que existieran deudas de la herencia, o en el de tener que promover la enajenación del inmueble para poder hacer frente a las cargas, perdiendo definitivamente su derecho de habitación, dando al traste con la finalidad protectora que persigue la institución…. Entiendo, con la mayoría de la doctrina, que esta forma de extinción opera de forma automática, *ope legis,* sin intervención de la voluntad del sujeto, pero lo que se debería analizar es la posible imperatividad o no de la regla que lo dispone, extremo sobre el que existen algunas reflexiones doctrinales que es importante traer a colación".

Sobre esas reflexiones doctrinales, continúa diciendo la citada profesora DE AMUNÁTEGUI, op. cit., pág. 159, que "algún autor, si bien al hilo del usufructo, aunque lo considero extensible a este supuesto, defiende la posibilidad de mantener, caso por caso la posible no aplicación de la consolidación cuando de la misma se siga perjuicio para el titular del derecho

Por renuncia del usufructuario. 5º. Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6º. Por la resolución del derecho del constituyente. 7º. Por prescripción*".* La peculiaridad, pues, de los derechos de uso y habitación es su extinción "*por abuso grave de la cosa y de la habitación",* lo cual no ocurre en el usufructo. Obsérvese que, para un supuesto similar referido a este último, el artículo 520 del C.C. establece que "el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración*".* De todas formas la Jurisprudencia estableció en Sentencias de 28-noviembre-1.908 y

---

limitado, dejando abierta la puerta a una argumentación específica que exigiría el apoyo de algún precepto legal".

Avanzando en la exposición de su postura doctrinal, la profesora DE AMUNÁTEGUI, op. cit., pág. 160, se pregunta, "¿podría el testador excluir la consolidación como causa de extinción del derecho de habitación *ex* art. 822 al constituir el mismo?" La propia profesora concluye indicando que la mayoría de la doctrina admite "la posibilidad de establecer otras causas, pero no, en general de excluir las recogidas en el art. 513 CC".

De todas formas, indica la profesora DE AMUNÁTEGUI, op. cit., pág. 161, que "se trataría, no obstante, de intentar mantener una suerte de derecho de habitación, similar a la construcción del usufructo de propietario, por el que en el momento de su constitución se eliminase la consolidación como causa automática de extinción. La cuestión se ha planteado en la doctrina, al hilo de las previsiones establecidas en el CC-Cat. en cuanto a la admisión del usufructo de propietario sobre cosa mueble, no encontrándose ningún obstáculo insalvable para la viabilidad de tal derecho, siendo un argumento de importancia la utilidad o interés del derecho en el tráfico". Sin embargo, concluye la citada profesora indicando que "la extensión de lo expuesto para el caso del legado o donación de habitación sería de gran interés, aunque reconozco, siento que de manera recurrente, que se trata de una postura de difícil defensa ante los tribunales, dificultad que podría haberse salvado de haberse regulado la institución del legado legal con mayor detalle y previsión".

Destacando la singularidad e interés de las reflexiones de la profesora AMUNÁTEGUI, hay que concluir que, con carácter general y con la actual regulación del Código civil, la consolidación es causa de extinción del derecho de habitación, incluso en el caso del artículo 822 del citado cuerpo legal.

de 30-abril-1.910 que la regla -por la que los derechos de uso y habitación se extinguen "por abuso grave de la cosa y de la habitación"- es de interpretación restrictiva, debido a la dureza de la sanción *que* impone.

Por otro lado, hay que destacar que la persona con discapacidad beneficiaria del derecho de habitación sobre la vivienda habitual puede ser titular de un patrimonio especialmente protegido o no. Si es titular de un patrimonio protegido, el derecho de habitación debe constar como integrante del citado patrimonio en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, según el artículo 8.2 de la Ley 41/2.003.

4.- Títulos para la atribución del derecho de habitación: Donación y legado.

El artículo 822 del C.C. se refiere a la donación y al legado como títulos para adquirir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual. Vamos a referirnos a cada uno de ellos.

La **DONACIÓN** es, según el profesor LASARTE[76], "la transmisión voluntaria de una cosa o de un conjunto de ellas que hace una persona, donante, a favor de otra, donatario, sin recibir nada como contraprestación". El Código Civil, en su artículo 618, la define como: "el acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta*".*

El Código Civil no califica la donación como contrato, sino como acto, y la regula al tratar "*de los diferentes* modos *de adquirir la propiedad*". Sin embargo, el carácter contractual de la donación

[76] LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.004, pg. 193.

le viene dado por el artículo 630 del C.C. al exigir la aceptación por parte del donatario: "*El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante".* Por tanto, el donatario de un derecho de habitación debe aceptarlo, si desea adquirirlo.

Como señala el citado profesor LASARTE, además de un contrato, la donación es un modo de adquirir que, según se afirma, opera sin necesidad de tradición simultanea o posterior, como establece el artículo 609 del C.C. al decir que "la propiedad y los demás derechos sobre los bienes *(*entre los que podemos reseñar el derecho de habitación) se adquieren y transmiten…por donación…y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"*.* La donación es, por tanto, un contrato en virtud del cual se adquiere directamente el dominio.

Es llamativo que el artículo 822 del C.C. se refiera -junto al legado- a la donación (que es, por principio, un acto realizado *inter vivos)* como título para transmitir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del titular-donante en vida de éste, ya que si lo que se persigue es que el legitimario discapacitado pueda habitar en la vivienda habitual de aquel, ello se puede conseguir sin necesidad de concederle el citado derecho de habitación, simplemente con el consentimiento del titular; a menos que se quiera formalizar anticipadamente el derecho de habitación. Ya que el titular de la vivienda habitual siempre puede instituir el legado de derecho de habitación en su testamento, lo que habilitaría que el legitimario discapacitado -que ya la habitaba- continuase habitando en la vivienda habitual del testador tras el fallecimiento de éste.

Sin embargo, desde otra perspectiva, se pueden destacar algunas ventajas si se establece el derecho de habitación mediante donación en vez de establecerlo mediante legado. Así, cuando existan cargas posteriores sobre el inmueble, ya que el habitacionista ostenta un derecho anterior a la apertura de la sucesión. El habitacionista goza de oponibilidad *erga omnes* frente a posibles posteriores adquirentes del inmueble. Por otro lado, si se estableció mediante una donación, el derecho de habitación, como gravamen, subsistirá sobre la vivienda de carácter ganancial frente a los derechos de atribución preferente del cónyuge supérstite, ya opte éste por la propiedad, ya opte por la habitación, si bien es cierto que dicha donación debió ser realizada en su día con el consentimiento de ambos cónyuges[77].

Cabe plantearse la posibilidad de que la donación reseñada en el artículo 822.1 del C.C. se pueda identificar con la modalidad prevista en el artículo 620 del mismo texto legal, si así lo ha establecido el donante. Éste último artículo establece que "las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria*" [78].* Como señala el profesor LASARTE [79] la referencia a las donaciones *mortis causa* contenida en éste artículo ha provocado un debate doctrinal sobre la admisibilidad o no de una

[77] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., en "Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", op. cit., págs. 152 y 163, pone de manifiesto las ventajas reseñadas.

[78] Sobre las donaciones *mortis causa,* entre otras obras, podemos mencionar: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Donaciones *mortis causa.* Posibilidades actuales en el Código Civil y propuestas de reforma", *Derecho de* sucesiones. *Presente y futuro***.** XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil", Santander, 9 a 11 de febrero de 2.006, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.006, págs. 241 y ss.

[79] LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, op. cit, pg. 195.

figura que, existente en el Derecho romano, se podría considerar erradicada del Código Civil según la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia. La interpretación del citado artículo gira acerca de considerar que bajo nuestro actual Derecho positivo las históricamente denominadas donaciones *mortis causa* han de ser asimiladas a los legados hechos en testamento, de forma tal que –como señala la jurisprudencia- ha de considerarse que la posposición de los efectos de tales donaciones hasta el fallecimiento del "donante" supone que, en realidad, han de ser consideradas revocables y quedan sin efecto hasta que, tras el fallecimiento del donante, sean objeto de reconocimiento en la pertinente disposición testamentaria. En conclusión, por tanto, en el supuesto de que la donación reseñada en el artículo 822.1 del C.C. se identifique con la modalidad prevista en el artículo 620 del mismo Código, la misma se estaría asimilando al legado hecho en testamento.

Sobre este tema la profesora DÍAZ ALABART [80] indica que, aunque el artículo 822 C.C no lo diga expresamente la donación a que se refiere es una donación ordinaria, es decir una donación "intervivos", por lo que sus efectos se dan en el momento en que se lleven a cabo, cuando confluyan la oferta del donante y la aceptación del donatario, con la forma legalmente exigida que en este supuesto será escritura pública; y que "en ningún caso se

[80] DÍAZ ALABART, S., en "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2122.

trataría de una donación “mortis causa” en el supuesto de que éstas verdaderamente existan en nuestro Derecho”[81].

En cuanto a la aceptación de la donación, como indicaba el profesor SERRANO[82], el donatario discapacitado puede aceptar la donación del derecho de habitación por sí mismo, si tiene aptitud natural de entender y querer. Pero si su discapacidad es de un grado en el que carece de aptitud de entender y querer, habrá de tenerse en cuenta si está incapacitado judicialmente o no. Si está incapacitado, habrá que considerar lo que disponga la sentencia, y si no está incapacitado, tendrá que aceptar la donación el guardador de hecho, el cual, según lo dispuesto en el artículo 304 CC, puede válidamente aceptarla ya que, evidentemente, una donación de este tipo redunda en su utilidad. Tras la ley 8/2021,

---

[81] Sobre esta cuestión también se manifiesta FLORES RODRÍGUEZ, J., “El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, *RJN,* abril-junio 2005, pág.51, para el que el artículo 822 del Código civil sólo se refiere a la donación *inter vivos* de un derecho real de habitación con unos efectos inmediatos, con la ventaja de su exclusión de la legítima. No se incluiría la donación por causa de muerte, porque si no donación y legado resultarían una “mera y absurda reiteración”. Sin embargo, para dicho autor, si sería posible dentro del artículo 822 otra opción de donación, la donación entre vivos con efectos diferidos a la muerte del donante, dado que no se desnaturaliza ni desvincula de los elementos objetivos y sustanciales de la donación.

También opina sobre el tema BOTELLO HERMOSA, P. I., “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español”, op. cit., pág. 350, quien afirma que “nos encontramos ante una donación ordinaria, o lo que es lo mismo, una donación *inter vivos,* por lo que la donación tendrá que ser aceptada por el donatario o su representante legal mediante escritura pública, produciéndose sus efectos legales desde el momento de la firma”. Pero, a continuación, indica el citado autor que “eso sí, la doble mención en el artículo 822 del C. c. de donación o legado hace que asimilemos la figura a la clase de donaciones en la que la entrega se realice *post morten,* admitiéndose, por tanto, en este caso la posibilidad de las donaciones *mortis causa,* o lo que es lo mismo las donaciones recogidas en el art. 620 C.c.”

[82] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 495.

desaparecida la incapacitación y la tutela de una persona mayor de edad, si la persona con discapacidad tiene aptitud natural de entender y querer podrá aceptarla por sí mismo y si carece de dicha aptitud, tendrá que aceptarla el guardador de hecho o el curador.

En cuanto al **LEGADO,** hay que partir de la gran dificultad de encontrar un concepto unitario del mismo, dada la inmensa variedad de formas que puede revestir, así como por las distintas funciones económicas que puede desempeñar. Ante esa dificultad, algún sector doctrinal adopta una actitud pasiva: es legado toda atribución patrimonial hereditaria distinta de la institución de heredero. Se trata de un concepto meramente residual, que no soluciona la cuestión. Dadas las múltiples formas que puede revestir el legado, parece que hay que recurrir a formulaciones necesariamente abstractas, que comprendan todas y cada una de las posibles figuras de legado. En dicha línea podemos reseñar el concepto del profesor ALBALADEJO, según el cual el legado es "una disposición *mortis causa* de bienes, a título particular, en beneficio del legatario y a cargo del patrimonio hereditario"; junto con este concepto, destacado por el profesor LASARTE [83], también podemos resaltar el que da éste último, cuando afirma que el legado " es una atribución jurídico-patrimonial que el causante, de forma directa y singular, realiza en el testamento a favor de cualquier persona".

[83] LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 123.

4.1.- Legado de vivienda habitual que pertenezca al testador.

Para la Ley 41/2003, "vivienda habitual" parece que es sólo una, y así será normalmente; pero es posible que haya más de una vivienda, en la que *habitualmente* vivan el testador y el legitimario discapacitado[84].

Hubiese sido conveniente que el legislador hubiese especificado qué se entiende por "vivienda habitual" para este tipo de supuestos, ya que podría darse el caso de que un testador pasa 7 meses al año en la casa de veraneo y 5 en la casa de la ciudad. ¿Podría en este supuesto el testador donar o legar exclusivamente a favor del legitimario con discapacidad la casa de veraneo aún siendo más conveniente para éste la casa de la ciudad?, se plantea BOTELLO HERMOSA[85].

---

[84] En ese sentido SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, op*. cit., pág. 499.

[85] Esta cuestión se la plantea BOTELLO HERMOSA, P. I., en "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op. cit., pág. 352, que también indica que "… el artículo 822 del C.c. no surtirá efecto cuando la donación o el legado del derecho de habitación a persona legitimaria con discapacidad se produzca sobre una vivienda del causante que no sea la habitual.
Considero que no está muy acertado el legislador al restringir exclusivamente la nueva donación o legado de habitación "sobre la vivienda habitual", ya que, con ello puede perjudicar sin ninguna necesidad tanto a la propia persona con discapacidad, como al resto de los colegitimarios. Imaginemos, por ejemplo, el caso en el que el causante vive con su familiar con discapacidad en una casa muy grande y decide donarle o legarle otro piso más pequeño, pero igualmente habilitado para éste. Con tal donación o legado perjudicaría mucho menos al resto de colegitimarios en cuanto a su legítima estricta, ya que entonces, si se computaría sobre este tercio de legítima la casa grande donde en su día convivieron causante y beneficiado con discapacidad, sin que por ello se esté perjudicando a este último, el cual igualmente se vería beneficiado por la nueva figura introducida por la LPPD". El perjuicio para la persona con discapacidad podría producirse porque "no sería de extrañar que el testador, por no perjudicar al resto de colegitimarios (que pueden, por qué no, estar igual o más

De todas formas, parece razonable entender que en la mayoría de los supuestos no se planteará ningún problema para identificar la "vivienda habitual".

En concreto, el legado al que alude el artículo 822.1 puede ser un legado de un derecho real (derecho de habitación) sobre una cosa específica y determinada (vivienda habitual) propiedad del testador ("…derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga*…),* en el entendido que el vocablo *titular* que utiliza el citado artículo se identifique con propietario*.* En relación con éste supuesto el artículo 882.1 del C.C. establece que "cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.*"* Y el párrafo segundo añade que "l*a* cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora*".*

En el supuesto de este artículo, aunque el legatario es propietario desde la muerte del testador, el artículo 885 le prohíbe ocupar por sí la cosa legada, y dispone que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla. Ello se explica en base a lo dispuesto por el artículo 440.1 del C.C. cuando establece que "la posesión (la llamada posesión civilísima) de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse a la herencia*".*

---

necesitados que la persona con discapacidad) decida finalmente no otorgar el derecho de habitación a su favor sobre la vivienda habitual".

Las peculiaridades del supuesto previsto en el artículo 822.1 son, en primer lugar, que el legatario del derecho de habitación también puede ser heredero (en cuanto legitimario que ve satisfecha su legítima con la institución de heredero), y estaríamos ante la figura del prelegado, como ya dijimos; y, en segundo lugar, que el citado legatario ya vivía en la vivienda habitual del causante de la herencia *("…* si en el momento del fallecimiento ambos estuviesen conviviendo en ella**.**"**),** es decir, ya se encontraba en posesión de la cosa sobre la que recae su derecho; y, por tanto, estaríamos ante una excepción al principio de que el legatario ha de pedir la posesión al heredero o albacea.

Por el contrario, el profesor SERRANO [86] entiende que tiene que entregarse la posesión del derecho, aunque haya habido convivencia, es decir, aunque el habitacionista se encuentre viviendo en las piezas legadas –artículo 885-. En contra de esta opinión se manifiesta FLORES RODRÍGUEZ [87], para quien resulta completamente superfluo el trámite previsto en el artículo 885 CC para la adquisición del legado cuando el mismo ya se encuentra en poder del legatario –es decir, cuando se disfruta de hecho- pues el mismo queda convertido en una mera formalidad sin justificación aparente; esta postura se puede considerar reforzada por la propia situación social que subyace en este modo de constitución del derecho, por el núcleo familiar en que tiene lugar, y por la propia intención de mantener al discapaz en el lugar donde ha residido los últimos años.

---

[86] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 497.

[87] FLORES RODRÍGUEZ, J., "El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", op. cit., págs. 65-66.

En cuanto al acceso de este derecho de habitación al Registro de la Propiedad, el profesor SERRANO[88] entiende que habría problemas registrales para inscribirlo a favor del discapacitado, si el heredero (o albacea facultado para ello) no le transmite por escritura pública la posesión que otorga el derecho legado. Sin embargo, FLORES RODRÍGUEZ[89] considera que para obtener la inscripción registral del derecho legado se "debe presentar escritura pública de entrega por persona facultada (arts. 14 LH y 81 RH), puede, no obstante, ser suficiente la presentación de escritura de manifestación unilateral del propio legatario si éste apareciese facultado expresamente por el testador para posesionarse del derecho legado, lo que podemos considerar aplicable al caso que nos ocupa de posesión o disfrute preexistente del derecho de habitación".

Por su parte, los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[90] recogen las siguientes excepciones al principio de que el legatario ha de pedir la posesión al heredero o albacea:

1.- Cuando el propio testador haya autorizado al legatario a tomar posesión por sí del legado (Sentencia de 26 de octubre de 1.928), lo que será admisible siempre que no haya herederos forzosos. (Rs. de 25 de mayo de 1.971).

2.- Cuando toda la herencia se ha distribuido en legados, supuesto del artículo 891 (Rs. de 30 de diciembre de 1.916 y 19 de mayo de 1.947).

---

[88] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, op*. cit., pág. 497

[89] FLORES RODRÍGUEZ, J., "El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", op. cit, pág. 68.

[90] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1.989, pg. 420.

3.- Cuando se trate de un prelegado a favor de heredero único (Rs. de 28 de abril de 1.876 y 1 de diciembre de 1.984).

4.- Cuando el legatario se encuentra en posesión de la cosa legada (Rs. de 15 de julio de 1.868 y 18 de julio de 1.900. En contra, R. de 19 de noviembre de 1.952). Sin embargo, los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, creen que en este caso es necesaria "la entrega, única manera legal de que la posesión que ostenta el legatario se convierta en una posesión en concepto de dueño por la *traditio* aunque sea simbólica, evitándose por otra parte el peligro que representa para una hipotética acción de reducción del legado el que el legatario ya hubiese enajenado y entregado la posesión como dueño a un tercero". Sin embargo, parece que éste supuesto, al que se refieren los citados profesores, no coincide exactamente con el previsto en el artículo 822.1., ya que la posesión del legatario de ese artículo no debe convertirse –necesariamente- en posesión en concepto de dueño de la cosa (vivienda habitual del causante), además de que ese legado no se computará para el cálculo de la legítima. Por lo que, como hemos dicho antes, el supuesto previsto en el artículo 822.1 se puede considerar una excepción al principio de que el legatario ha de pedir la posesión al heredero o albacea[91].

[91] En ese sentido se manifiesta también DONADO VARA, A., en "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", Estudios *jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez",* op. cit., pág. 376.

4.2.- Legado de vivienda habitual que pertenezca a la sociedad de gananciales. Respeto a los derechos del cónyuge regulados en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil.

El legado de cosa ganancial se caracteriza por su gran importancia y frecuencia prácticas. Como apunta el profesor LASARTE [92] es obvio que la naturaleza y el régimen de la sociedad de gananciales conlleva que el otorgamiento del testamento, vigentes los gananciales, facilita extraordinariamente el caso de que cualquiera de los cónyuges pueda instituir legados sobre cosas que, aun siendo propias o privativas en su origen, llegado el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, resulten absorbidas por la presunción general de ganancialidad y/o sean atribuidas al cónyuge supérstite.

En ese sentido, se puede dar el supuesto de que una persona legue un derecho de habitación sobre su vivienda habitual que pertenezca a su sociedad de gananciales; y ello, porque el texto del artículo 1.380 del C.C. (según la reforma de la Ley 11/1.981, de 13 de mayo), permite que cualquiera de los cónyuges pueda disponer por testamento de un bien ganancial pese a que antes de la partición de la sociedad ninguno tiene poder exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman su activo ni a ninguno le pertenece, como recogen los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN [93]. Así, establece el Código Civil en el artículo 1.380 que "la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador*".* Y añade el

[92] LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 129.
[93] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1.989, pág. 422.

citado artículo que “en caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*”*. Esta última norma, dicen los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[94] que “debe ser interpretada en el sentido de que tiene un carácter dispositivo, o si se quiere, que establece una presunción *iuris tantum.* La voluntad contraria del testador, por tanto, evitará su eficacia”.

Por otra parte, el párrafo cuarto del artículo 822 del Código Civil establece que lo dispuesto en los dos primeros párrafos (donación y legado de derecho de habitación sobre la vivienda habitual) “no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código que coexistirán con el de habitación*”.*

Los artículos citados se encuentran ubicados en la sección que el Código dedica a “*la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*” y otorgan a cada uno de los cónyuges el derecho de atribución o adjudicación preferente en relación a un conjunto de bienes gananciales[95], aunque no quepan matemáticamente hablando en su lote respectivo y, por tanto, generen las correspondientes compensaciones en metálico.

---

[94] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 5ª edición, op. cit. pág. 423.

[95] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 5ª edición, op. cit. pág. 421, indican que “la figura de la adjudicación preferencial tiene por finalidad satisfacer intereses personales que podrían verse gravemente vulnerados con una participación formalmente igualitaria. Así, el interés en la continuación del ejercicio de una profesión o de una empresa, que podría verse impedido si los bienes dedicados a este objeto se partieran, o el interés en mantener o preservar la vivienda y los bienes de uso personal”.

Así, establece el artículo 1.406 que “cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan en su haber, hasta donde éste alcance:

1º. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.

2º. La explotación económica que gestione efectivamente.

3º. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual”.

Sin embargo, a continuación, el Código contradice el inciso inicial del artículo 1.406 (“cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan en su haber, hasta donde éste alcance*”)* en relación al local destinado al ejercicio de la profesión y a la vivienda habitual, pues el artículo 1.407 dispone que “en los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de*l haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero”.* El cónyuge, por tanto, mantiene su derecho de adjudicación preferente -respecto del local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y respecto de su vivienda habitual- aunque el valor de esos bienes o, en su caso, el de los derechos de uso o habitación, supere el importe de su haber; simplemente tendrá que compensar en metálico la diferencia.

Como sabemos, lo dispuesto en el artículo 822 afecta básicamente a la vivienda habitual del causante de la herencia y, en su caso, de su cónyuge. Si éste último solicita que sobre la citada vivienda se constituya a su favor un derecho de uso o de habitación,

dicho derecho podrá coexistir con el derecho de habitación del legitimario discapacitado (artículo 822.4).

Si, por el contrario, el cónyuge supérstite solicita que se le atribuya en propiedad la vivienda habitual –aunque tenga que compensar alguna cantidad en metálico- *se plantea un* problema de coordinación *entre lo que establece el citado artículo 822.4 (*lo dispuesto en los dos primeros párrafos -donación y legado de derecho de habitación sobre la vivienda habitual- "no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código que coexistirán con el de habitación*")* y lo dispuesto en el artículo 1.380 *(*"La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento[96]*.*

El citado problema de coordinación nos conduce a considerar de aplicación preferente el artículo 1380, o, por el contrario, optar por la prioridad de la aplicación del 822.4. Hay división doctrinal al respecto.

Una posibilidad es considerar aplicable el artículo 1.380 del Código Civil y se entendería legado el valor que tuviera el derecho de habitación al tiempo del fallecimiento del causante[97]. De todas

[96] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 367, apunta la posibilidad de ese problema de coordinación entre lo que establece el artículo 822.4 y lo dispuesto en el artículo 1.380.

[97] DÍAZ ALABART, S., en "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2126, señala lo siguiente: "A primera vista me parece que igual regla habrá de adoptarse si no es un bien sino un derecho que grava un bien ganancial. Lo siguiente es el plantearse si se entenderá legado el valor de la parte al tiempo del fallecimiento. Obviamente ya no cubre el fin del derecho de

formas, si el legitimario discapacitado al que se le legó el derecho de habitación es también hijo del cónyuge supérstite –que se atribuye en propiedad la vivienda habitual- lo normal es que dicho legitimario discapacitado pueda habitar la citada vivienda (aunque no tenga derecho de habitación) junto con dicho cónyuge (sería el caso de una madre que se atribuye en propiedad la vivienda habitual –por muerte de su cónyuge- y sigue viviendo en ella con su hijo discapacitado). La cuestión se puede plantear más problemática si el legitimario discapacitado al que se legó el derecho de habitación fuese ascendiente del causante de la herencia y el cónyuge supérstite no quisiese que habitase la vivienda habitual. En este caso parece que tendría que conformarse sólo con el valor del derecho de habitación que le legó el causante de la herencia (artículo 1.380).

Otra solución al citado problema de coordinación planteado entre lo que establece el artículo 822.4 y lo dispuesto en el artículo 1.380 es considerar que prima lo establecido en el artículo 822, que se mantiene la eficacia del derecho de habitación atribuido voluntaria o legalmente al legitimario discapacitado, sin impedir los derechos que a su vez corresponden al cónyuge sobreviviente y, en consecuencia, considerar que si el cónyuge supérstite opta por la

---

habitación, pero no cabe duda de que más vale ese valor que nada, así que en base a ese principio de protección del discapacitado que inspira la ley habrá que optar por esa interpretación".

DÍAZ ALABART, S., en "La protección económica de los discapacitado a través del Derecho de Sucesiones", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: Pérez de Vargas Muñoz, J., Editorial La Ley, 2011, págs. 869 y 870, se decanta por la aplicación del artículo 1380 del Código civil.

Por su parte RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Artículo 822", *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, Director: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 6108, expone que en tal caso, el discapacitado sólo tendrá derecho a un legado por el valor que tuviera el derecho al tiempo de fallecer el causante.

atribución en propiedad de la vivienda, será efectivamente dueño exclusivo de ella pero soportando el gravamen que representa el derecho de habitación del discapacitado [98].

Esta segunda solución creemos que es la más acertada, ya que nos parece, tal como afirma DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ [99] que "el espíritu de la norma no puede estar en dejar en manos de la decisión del cónyuge viudo la subsistencia de la institución del legado de habitación". De todas formas, lo ideal hubiera sido que el legislador hubiese previsto una solución al problema de coordinación planteado entre los artículos citados.

Por otro lado, hay que reseñar también el supuesto de que el legitimario con discapacidad a quien se pretende favorecer con el legado de derecho de habitación sea el propio cónyuge supérstite, en cuyo caso éste ya tenía por ley (artículos 1406 y 1407 C.c.) la preferencia para seguir disfrutando de la vivienda, si bien, tras el nuevo artículo 822 C.c., este derecho no se computará en su haber hereditario, viéndose con ello igualmente favorecido[100]

---

[98] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 367, se manifiesta en este sentido.

De la misma opinión es BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op. cit., pág. 356.

Esa es la opinión también de FLORES RODRÍGUEZ, J., "El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", op. cit, pág. 95.

[99] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., en "Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", op. cit., pág. 152.

[100] En ese sentido, DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", *Aranzadi Civil* 2006, volumen I, primera edición (Tomo XV), pág. 2128; BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbre jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial

Por otro parte, hay que destacar que, si la vivienda habitual es adjudicada a la herencia del testador que ha legado un derecho de habitación sobre la misma, éste legado producirá todos sus efectos sin plantear especiales problemas.

4.3.- Legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual[101].

El segundo párrafo del artículo 822 del Código Civil concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal[102] de derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviese con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación; en efecto, así acaba el citado párrafo: "...a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiere excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten".

---

de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op. cit., pág. 356.

[101] Según SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, op*. cit., pág. 501 y 502, "este nuevo tipo de legado puede plantear enormes problemas porque además de la problemática de la condición propia o ganancial de la vivienda habitual, hay que tener en cuenta que el discapacitado beneficiario del legado puede ser hijo de uno solo de los cónyuges, al que se va a situar en situación de convivencia con el otro cónyuge no progenitor, ya que como dispone el nuevo 822 "lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación". En el párrafo II del artículo se establece otra posible convivencia con "los demás legitimarios mientras lo necesiten". No obstante, estas dificultades, la solución de legar un derecho de habitación puede resolver problemas."

[102] En ese sentido, FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. J**.** "El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho civil Vasco", Academia *Vasca de Derecho, Boletín JADO. Bilbao. Año XIV. Nº 27. Enero-diciembre 2015-2016,* pág. 479.

Este último inciso ("…pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.") obliga al titular -por legado legal- del derecho de habitación sobre la vivienda habitual a permitir que otros legitimarios que lo necesiten convivan en la citada vivienda, lo cual es justo y razonable. Parece que el precepto parte de la hipótesis de la convivencia previa en la misma vivienda, del legitimario discapacitado y los restantes legitimarios. La diferencia entre ellos radica en que el legitimario discapacitado, como titular del derecho de habitación, puede ocupar la vivienda mientras viva, o al menos mientras dure la discapacidad, y los demás legitimarios sólo podrán hacerlo mientras lo necesiten, por carecer de otra vivienda o de recursos económicos para satisfacer dicha necesidad.

Cabe plantearse si esa obligatoriedad de permitir la convivencia de los demás legitimarios mientras lo necesiten impuesta por el artículo 822.2 rige también si el derecho de habitación fue establecido voluntariamente por el testador (art. 822.1)

En nuestra opinión, esa obligatoriedad no se daría en dicho supuesto, ya que, de haberlo querido así, el legislador lo habría expresado en el texto del párrafo primero del artículo 822, tal como hizo en el texto del párrafo segundo[103]. Otra cuestión es que sería

[103] De esa opinión es también BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op. cit., pág. 355, quien afirma que "… personalmente considero que no es así, ya que de haber sido ésta la verdadera intención del legislador entiendo que hubiese podido acabar el párrafo 1º. del art. 822 tal y como acaba el 2º., es decir," pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten"-
De opinión contraria es FUENTESECA DEGENEFE, C., "Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de

plausible y deseable que el legitimario persona con discapacidad titular del derecho de habitación permitiese que los demás legitimarios necesitados pudiesen continuar conviviendo.

Por otro lado, hay que destacar que el artículo 822.2 trata de un supuesto de legado fijado por la ley, para proteger al legitimario discapacitado que lo necesite, que se constituiría, aunque el titular de la vivienda habitual no hubiese hecho testamento. Parece que estaríamos ante una excepción al principio general de que la institución del legado sólo puede llevarse a cabo mediante testamento. Por el contrario, si el titular de la vivienda habitual dejó testamento es necesario, como ya hemos dicho antes, que no "hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiere excluido expresamente*…".* Esto último se puede interpretar en el sentido de que el testador haya dispuesto dejarle la vivienda en propiedad, en usufructo, como heredero fiduciario, etc. En estos supuestos, evidentemente, el derecho de habitación carece de sentido, al tener el legitimario discapacitado la titularidad de un derecho de mayor contenido.

5.- Donación o legado que no computan para el cálculo de la legítima

El Código Civil en su artículo 818.1 establece que "para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la

---

Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", op. cit., págs. 1.757 y 1.758, quien afirma que "es decir que el titular del derecho de habitación se encuentra obligado a tolerar que convivan con él los demás legitimarios mientras lo necesiten. ¿Y ello rige sólo en el caso del derecho e habitación que surge de la ley o también en el derecho de habitación voluntario? Quizá habría que concluir que en ambos supuestos con fundamento en la literalidad del artículo 822.2º, cuando al ocuparse de lo que puede o no hacer el testador, añade que no puede impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios".

muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento*."* Y el párrafo segundo añade que "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables*".* Es decir, habrá que determinar el *relictum y* el donatum*,* y la suma de ambos conceptos arrojará el valor del haber hereditario que ha *de* ser tenido en cuenta a efectos de establecer las cuotas legitimarias.

Por otro lado, el Código Civil regula detalladamente (artículos 820 y 821) la reducción de legados y donaciones que puedan considerarse inoficiosos (legados y donaciones que superen la parte de libre disposición).

Pero hay que destacar que, por excepción, la donación o el legado previstos en el nuevo artículo 822.1 "no se computará para el cálculo de las legítimas".

Aunque la redacción del precepto en este punto, quizá no sea la más correcta técnicamente[104], ese trato de favor que establece

[104] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., págs. 2129 y 2130, escribe sobre el artículo 822 del C.c. que "posiblemente la redacción del precepto en este punto no es la más correcta técnicamente, porque si bien es verdad que para el cálculo de las legítimas, al "relictum" (bienes y derechos transmisibles existentes en el patrimonio del causante) al que se resta el montante de sus deudas (liquidación) se suma a efectos contables (reunión ficticia) el "donatum" (el valor de las donaciones colacionable o computables), y por ello, si por ministerio de la ley (el art. 822 CC) la donación de ese especial derecho de habitación no se computa, su cuantía queda excluida del cálculo de las legitimas. Ni se toma en cuenta para fijar la cuantía de las mismas, ni tampoco se imputa en la cuota legitimaria del discapacitado". Y continúa diciendo "…. ahora bien- como es sabido- los legados tienen un régimen diferente del de las donaciones, pues no se computan en sentido técnico para el cálculo de la cuantía de las legítimas, sino que se reducen si menguan éstas, a petición de los herederos forzosos (art. 817 CC). Ahora bien, aunque se haya empleado ese término inadecuado de computar para el cálculo de las legítimas, creo que su sentido es bastante claro, el que ya como donación, ya como legado el resultado para el discapacitado sea el mismo, es decir que ese legado queda fuera de las reglas

significa, tratándose de donación de derecho de habitación, que su valor no se añada al valor de los bienes que quedaren a la muerte del donante a los efectos del artículo 818 del CC. Y si es un legado de derecho de habitación, que su valor se detraiga de la masa hereditaria que quedare a la muerte del testador. En ambos casos se obtiene el mismo resultado; al no computar el valor de la donación o del legado, la base para el cálculo de la legítima será menor. Esto afecta negativamente a los restantes legitimarios pero beneficia al legitimario discapacitado pues a éste, además de corresponderle en la legítima un valor igual al de los demás legitimarios, conserva en su poder el derecho de habitación[105].

En el supuesto en que el único bien de la herencia sea la "vivienda habitual" y existan varios legitimarios, además del discapacitado, la exclusión del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas, plantea algunas cuestiones. La no computación

---

de las legítimas, por lo que el beneficiado por él, no verá en nada reducida su cuota legitimaria, y además tampoco será reductible en ningún caso".

En el mismo sentido que DIAZ ALABART se manifiesta BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op. cit., págs. 356 y 357.

[105] Sobre el tema RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta", op. cit, págs. 4024 y 4025, escribe que "eso significa que el derecho de habitación *no se sumará* a la reunión ficticia de los bienes relictos y los bienes donados. La *computación y cálculo de la legítima, de todas las legítimas,* se efectuarán sin tener en cuenta el derecho de habitación donado o legado. Así, por ejemplo, si los legitimarios son dos hijos y uno de ellos es discapacitado, el derecho de habitación donado anteriormente a favor de éste último no se sumará al *relictum* a la hora de hacer la reunión ficticia de bienes hereditarios. Y como el valor del derecho de habitación no se tuvo en cuenta a la hora de calcular la legítima, la vivienda atribuida al hijo no discapacitado, cuando sea aquella sobre la que recae el derecho de habitación de su hermano*, tendrá que soportar este gravamen, que no se restará del valor económico del inmueble*.

Vemos entonces que, si el donante o testador así lo quiere, *la legítima del hijo discapacitado puede superar a la legítima del hijo no discapacitado*, pues aquel recibirá de más el derecho de habitación sobre la vivienda habitual".

para calcular el “valor de los bienes” (artículo 818) supone una excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Sobre esta cuestión, después de indicar que significa una excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, continúa diciendo el profesor SERRANO[106] que “no se dice que hay que excepcionar cualitativamente las legítimas, ya que los colegitimarios no recibirá su porción de vivienda habitual, porque el derecho de habitación al ser vitalicio, significa una situación similar a la de la sustitución fideicomisaria, en cuyo caso se hereda con el gravamen de la legítima. Esta situación descrita significará que la propiedad nuda de la vivienda habitual irá a parar a los colegitimarios, salvo que se disponga, ex artículo 841 y siguientes, que se pague la porción legitimaria en dinero”.

El artículo 822 dice que la donación o legado de un derecho de habitación “no se computará para el cálculo de las legítimas”, pero no hace ninguna referencia sobre si tiene que ser, o no, objeto de colación.

Parece razonable que, aunque el Código civil no diga nada al respecto, la donación de un derecho de habitación quede dispensada de la colación, ya que no se beneficiaría en nada a la persona con discapacidad si se la dispensase de la computación pero que después quedase obligada a colacionar[107].

---

[106] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 506.

[107] Esta es también la opinión de FLORES RODRÍGUEZ, J., “El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, op cit., pág.86, quien afirma que “…tanto la donación como el legado estarán dispensado de la colación, pues la norma está orientada a beneficiar al discapacitado. De esta manera se rompe la igualdad entre los legitimarios… pues la colación es la operación tendente a mantener el equilibrio entre éstos estableciendo una regla de reparto basada en el principio de igualdad. Es decir,

En relación a esto, indica la profesora RUIZ-RICO[108] que "si la donación o el legado del derecho de habitación no se computa para el cálculo de la legítima, tampoco será objeto de colación o imputación a los efectos del artículo 1047 del CC". En ese sentido se manifiesta también el profesor SERRANO[109] al decir que "si bien en el 822 no se habla de dispensa de colación, creo que la finalidad de la norma exige entender que hay una presunción de dispensa de colacionar el derecho de habitación donado, si bien cabe dentro de la autonomía de voluntad del donante señalar en el negocio de atribución gratuito que la donación efectuada es colacionable".

Finalmente, hay que resaltar que para que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual no se compute para el cálculo de la legítima es necesario que el "legitimario persona con discapacidad" esté conviviendo con el titular de la vivienda –en la misma- en el momento del fallecimiento de éste.

---

de poco valdría que se dispensase de la computación si luego no se dispensa de la colación".

En el mismo sentido se manifiesta BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", op. cit., pág. 357, quien señala que "por mi parte considero que la verdadera finalidad de la norma es que la donación o el legado del derecho de habitación estudiado quede dispensado de colación, aunque la Ley no lo disponga, ya que es ésta la única forma de beneficiar realmente a la persona con discapacidad, por no servir para nada el hecho de que se dispense de la computación si después quedan obligados a colacionarlo".

Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario del Código civil,* coordinador: Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, pág. 812, escribe que" no sólo no se tiene en cuenta para la *computación* de la donación o legado, sino tampoco para la *imputación* y la *colación* cuando los legitimarios hubiesen sido nombrados herederos".

[108] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág.365.

[109] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, op*. cit., pág. 503.

6.- Consideraciones finales

Para terminar el estudio del derecho de habitación previsto en el artículo 822 del CC, vamos a resaltar algunas cuestiones.

Tras la entrada en vigor de la ley 8/2021, los beneficiarios del citado derecho de habitación serán los legitimarios afectados por una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; y los legitimarios que sean personas en situación dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006.

Hasta la entrada en vigor de dicha Ley 8/2021, únicamente podían ser beneficiarios del derecho de habitación los legitimarios afectados por las minusvalías señaladas en el artículo 2 originario de la Ley 41/2003, es decir los que eran considerados entonces personas con discapacidad; pero no podían serlo las personas declaradas incapaces, si en ellos no concurrían los grados de minusvalía exigidos en el citado artículo, personas que en muchos casos también serían merecedores de una ayuda especial.

También hay que destacar el hecho de que el derecho de habitación no se compute en las legítimas puede originar tensiones familiares entre los legitimarios una vez fallezca el causante; tensiones que sufriría el legitimario con discapacidad, que podría ser objeto de despreocupación o abandono por parte de sus familiares[110].

[110] DONADO VARA, A., en "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", Estudios *jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez",* op. cit., pág. 378, se manifiesta en ese sentido; además indica que "el estado de necesidad en el "legado legal" lo deben valorar los demás herederos forzosos, estado éste que

La profesora DE AMUNÁTEGUI[111] dice que la conjunción del derecho de habitación estudiado con la posible atribución de la vivienda al cónyuge viudo, como resultado de la aplicación de régimen económico matrimonial, "fuerzan a la persona con discapacidad a vivir en unas condiciones especiales que atentan contra las libertades previstas en la Convención en otras sedes, sin que ello suponga ningún obstáculo. El art. 19 de la CDPD consagra el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente, confiriéndoles <<*la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás*>>. Pero es que, además, tal como dispone el Preámbulo, hay que respetar la independencia y preferencias de las personas con discapacidad de manera no asociada a las decisiones o circunstancias de sus padres…"

La observación de la citada profesora es correcta, pero habría que matizarla en el sentido de reconocer que el derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC facilita la posibilidad de que las personas discapacitadas puedan disfrutar de una vivienda, lo cual es elogiable, ya que aunque es ideal que la persona con discapacidad – y cualquier otra persona que no sufra ninguna discapacidad- tenga "*la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las*

---

irá en su detrimento al no computarle este derecho de habitación en la legítima del legitimario con discapacidad. Estado éste que posiblemente no será "valorado en su justa medida" por los demás legitimarios". A esto hay que precisar que, si el legitimario con discapacidad está, además, incapacitado, su representante legal debe velar por sus intereses; aparte de que el notario que, en su caso, intervenga en las operaciones particionales debe asesorar al legitimario con discapacidad en la defensa de sus intereses.

[111] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC.", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, op.cit. págs.955 y 956.

demás", la realidad no siempre lo permite; en consecuencia, nos parece bien el facilitar a la persona con discapacidad la posibilidad de disfrutar de una vivienda, aunque las personas con las que tenga que convivir no sean las preferidas por ella.

Tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, nos parecen acertadas otras observaciones realizadas por la profesora DE AMUNATEGUI[112] como que el legislador olvida, por segunda vez, incluir esta figura en las excepciones a la intangibilidad de la legítima previstas en el artículo 813 del CC, en el que continúa aludiéndose exclusivamente al usufructo del cónyuge viudo y a la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta. En el supuesto del derecho de habitación del artículo 822 CC, "no sólo se ve afectado el *quantum* de la legítima, al reducirse el caudal, sino también se verá mermado cualitativamente, al recibir su legítima con el gravamen de la habitación". También indica la citada profesora que "tampoco se menciona la posible excepción a la extinción del derecho de habitación por consolidación, si se da la circunstancia de recibir el legitimario con discapacidad el inmueble correspondiente en propiedad, lo que provocaría la extinción del derecho".

Como conclusión final, podemos destacar que, aunque el derecho de habitación conforme al régimen del artículo 822 del CC presente algunos problemas, en conjunto es una medida plausible por facilitar la posibilidad de que las personas discapacitadas puedan disfrutar de una vivienda (concretamente de la "facultad de

[112] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC.", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, op.cit. pág.957.

ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia", según el artículo 524.2 del CC); y ello sin ver reducida su cuota hereditaria. Aunque ello afecte a los intereses de los demás colegitimarios, éstos, si la necesitan, pueden utilizar la misma vivienda conjuntamente con la persona discapacitada.

CAPITULO III

EL NOMBRAMIENTO COMO FIDUCIARIO DE UNA PERSONA INCAPACITADA, CONFORME A LA LEY 41/2003, O DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD, CONFORME A LA LEY 8/2021

CAPITULO III

El nombramiento como fiduciario de una persona incapacitada, conforme a la Ley 41/2003, o de una persona con discapacidad, conforme a la Ley 8/2021

1.- Introducción[113]

Como hemos dicho, el contenido de la Ley 41/2003 –precisa su Exposición de Motivos- no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

En concreto, el artículo 10 de la citada Ley 41/2003 modificó el Código Civil en materia de régimen sucesorio y dicha modificación afectó, entre otros, a los artículos 782, 808, 813.2; dando nueva redacción al primero y al último y añadiendo un nuevo párrafo tercero al artículo 808, todo ello con el fin de que pudiera

[113] Para la elaboración de este capítulo he partido de mis publicaciones: "La Ley 41/2.003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria". *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005,* Coeditores: IDADFE- UNED- EL DERECHO EDITORES, Madrid, 2006, págs. 679 a 686; y "Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm.779, mayo-junio- 2020, págs. 1822 a 1836.

gravarse el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en la que fueran fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos.

En relación a dicha reforma, podemos destacar algunas ideas[114]. En primer lugar, hay que resaltar que permitió alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima[115]. En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, con esta reforma en concreto, el sujeto al que se pretendía proteger no es aquél a quien, en principio, trata de tutelar toda la Ley (la persona con discapacidad), sino otro distinto que no tiene que coincidir con aquél: el incapacitado judicialmente. También es resaltable el que se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones.

Hay que destacar, también, que el mecanismo de protección introducido por dicha reforma sólo podría beneficiar a los incapacitados que estuviesen sujetos al Código civil, ya que -como sabemos- el sistema sucesorio del mismo no se aplica en las comunidades autónomas con Derecho civil propio, en las que se aplicará su propio régimen sucesorio y legitimario. Concretamente, solo podrían beneficiarse de este mecanismo de protección

---

[114] Esta reforma es estudiada en profundidad, entre otros autores, por MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010; y por BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003. Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

[115] Modificación ya reseñada, entre otros, por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en "La protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Aranzadi Civil*, nº. 16, enero-2.004, página. 12.

También el profesor CARRASCO PERERA se refirió a la legítima hereditaria al hacer un comentario al entonces Anteproyecto de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 580, 2003, página. 3.

aquellos incapacitados cuyo padre, madre o ascendiente tuviesen vecindad civil de Derecho común, porque es la ley personal del causante la que rige la sucesión[116].

Como hemos apuntado con anterioridad, en las comunidades autónomas con Derecho civil propio, el mecanismo de protección introducido por la ley 41/2003 sólo se podría aplicar como derecho supletorio. Así lo recoge el apartado II de la Exposición de Motivos de la citada Ley: "la regulación contenida en esta ley 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 artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo13.2 del Código civil".

Con posterioridad, la Ley 8/2021 ha modificado la regulación de la sustitución fideicomisaria realizada por la Ley 41/2003. En concreto el artículo 782 del C.c. queda redactado como sigue:

«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos

[116] Destacado por PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 689.

En ese sentido señala BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 98 que "el ámbito de aplicación de la sustitución fideicomisaria especial se limita al territorio de Derecho común, no siendo por tanto una institución aplicable a toda la población española, ya que en las comunidades autónomas con Derecho civil propio tendrán cabida únicamente como Derecho supletorio".

en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes.»

En relación al artículo 808 del C.C., la Ley 8/2021 suprime el tercer párrafo, pasando el anterior cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y añade a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa.*

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.»

Como se puede observar, y de acuerdo a la Ley 8/2021, los nuevos artículos 782 y 808 C.C. ya no se refieren a personas incapacitadas judicialmente sino a personas que se encuentren en situación de discapacidad; lo cual supone un cambio muy importante en relación a la anterior regulación.

Por último, en lo que se refiere al artículo 813 del C.C., la Ley 8/2021 da nueva redacción a su segundo párrafo, cuyo tenor literal queda como sigue:

«Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808.»

Como ya dijimos en la introducción de este trabajo, para precisar el significado de “discapacidad”, a efectos de los artículos 782 y 808, tenemos que acudir a la Disposición Adicional cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006.

Esto último supone un cambio importante en relación a la redacción originaria de dicha Disposición Adicional por la Ley 41/2003.

De entre la rica problemática que plantean las citadas reformas del Código civil, vamos a ocuparnos de algunas cuestiones.

2.- La sustitución fideicomisaria.

2.1. La sustitución fideicomisaria en general: algunas cuestiones

El Código Civil establece en su artículo 781 que "las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador".

Como ha resaltado la doctrina, nuestro Código nos ofrece en el artículo 781 una aproximación inicial extraordinariamente pobre de la sustitución fideicomisaria. De una parte, no llega ni siquiera a indicar que el *tercero* al que alude es también heredero (heredero fideicomisario), y, de otra parte, sugiere que la suerte y eficacia de la sustitución depende de *el encargo* hecho por el testador al primer llamado, cuando verdaderamente la designación de ambos herederos sucesivos la lleva a cabo el propio testador (fideicomitente). Ambos son herederos del testador, aunque lo sean de forma sucesiva en el tiempo, quedando obligado el primero de ellos a conservar los bienes a favor del segundo.

Como muy claramente expone el profesor LASARTE[117], el supuesto de hecho de la sustitución fideicomisaria requiere que se den los siguientes presupuestos:

- Una determinación testamentaria expresa establecida por el testador al respecto, pues la constitución de la sustitución fideicomisaria sólo puede encontrar fundamento en la libre voluntad del causante.

[117] Vid.: LASARTE ÁVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, páginas.108 y 109.

- Pluralidad de herederos instituidos que, al menos, deben ser dos, pero que pueden ser más. El testador decide, por ejemplo, que alguien sea heredero durante un determinado periodo de tiempo (normalmente, duración vitalicia) y que, después, sea llamado otro heredero, al que el artículo 781 denomina de forma imprecisa “tercero”. Hay, por tanto, un doble (o, en su caso, múltiple) llamamiento a una misma herencia.
- Tal llamamiento ha de caracterizarse necesariamente por contener un orden o una ordenación sucesiva y temporal de los dos (o más) herederos.
- El heredero llamado en primer lugar (o varios de ellos en caso de llamamiento múltiple) queda obligado a conservar los bienes hereditarios en atención o beneficio del sustituto subsiguiente.

También hay que destacar como nota muy sobresaliente de la sustitución fideicomisaria su riguroso carácter temporal. De ahí la radical prohibición y nulidad de las disposiciones testamentarias que pretendan establecer un orden plural y sucesivo de herederos de forma perpetua o indefinida. Tal idea se encuentra recogida en el Código, estableciendo el artículo 785.2 que “no surtirán efecto...las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781*”.*

En cuanto a las clases de sustitución fideicomisaria, podemos distinguir entre la sustitución ordinaria o pura y la sustitución fideicomisaria condicional.

La diferencia básica entre ambas, consiste en que en la sustitución ordinaria o pura la delación hereditaria a favor del fideicomisario se considera producida en el mismo momento del fallecimiento del fideicomitente, mientras que en la condicional el

llamamiento del fideicomisario depende obviamente de que acaezca el suceso futuro o incierto elevado al rango de condición[118].

Desde otro punto de vista, en función de la existencia o inexistencia en el primer llamado de facultades de disposición, la sustitución fideicomisaria ordinaria se puede contraponer al fideicomiso de residuo, ya que en éste el primer llamado puede disponer de los bienes hereditarios, en la forma y con los límites que haya establecido el testador.

Por lo que hace referencia a los sujetos que intervienen en la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el supuesto de mayor simplicidad, se requieren la existencia de tres personas:

El *fideicomitente,* que es quien instituye u ordena la sustitución fideicomisaria al otorgar su testamento.

El *fiduciario,* que es el llamado a la herencia en primer lugar y que tiene la obligación de conservar la herencia a favor del fideicomisario.

El *sustituto fideicomisario,* o simplemente *fideicomisario,* que es el destinatario final de la sustitución para cuando se produzca el evento o la circunstancia que determina su consolidación como *heredero puro y simple*.

Sin embargo, pueden existir supuestos de sustitución fideicomisaria más complejos, en los que no se llama a la herencia a un solo sustituto fideicomisario, sino, por el contrario, a varios fideicomisarios *sucesivamente* (el caso de que existan varios fideicomisarios nombrados conjuntamente se aproxima al primer supuesto anterior).

---

[118] Vid.: LASARTE ÁVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, op.cit, pág.111.

Así lo permite sin duda, como destaca el profesor LASARTE[119], el inciso final del artículo 781 cuando habla de que la sustitución fideicomisaria puede hacerse "en favor de *personas que viven* al tiempo del fallecimiento del testador", utilizando una forma plural de gran significación. En tal supuesto, el Código no establece limitación numérica alguna de los posibles fideicomisarios, de forma tal que el testador puede llamar a la herencia a tres o cuatro personas, quienes sucesivamente habrán de ser considerados, primero fideicomisarios, y, después fiduciarios, según el momento temporal que hayamos de considerar.

Por el contrario, para el caso de que el fideicomitente pretenda instituir personas que no se encuentren vivas en el momento del fallecimiento, rige la limitación *del segundo grado,* expresamente establecida en el artículo 781.

Tal expresión (segundo grado) ha generado gran polémica en la doctrina. Los autores coetáneos a la publicación del Código civil interpretaban el *segundo grado* referidos a grados de parentesco, probablemente con acierto, pues el primer párrafo de la base 16 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, expresaba literalmente que: "Materia de las reformas indicadas *–en el tratado de sucesiones-* serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al fallecimiento del testador".

Sin embargo, como señala el profesor LASARTE[120], la doctrina posterior "alegando que la interpretación estricta del

[119] Vid.: LASARTE ÁVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, op.cit, págs.111 y 112.
[120] Vid.: LASARTE ÁVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, op.cit, pág. 112.

artículo 781 podía determinar incluso la inaplicación a los supuestos en que los instituidos no se encontraran vinculados con el fideicomitente por lazos de parentesco, de una parte, y de otra, que el segundo grado de la línea directa o recta restringía la eficacia de la sustitución fideicomisaria a *límites ilusorios*, ha acabado por imponer otra interpretación del tema: el término *grado* no ha de entenderse referido a *generaciones,* sino al número de los *llamamientos* de los fideicomisarios y, en consecuencia, es perfectamente lícita y posible la designación de *dos sustitutos fideicomisarios* sucesivamente, pues, además, los dos grados han de empezarse a computar, sin tenerlo en cuenta, a partir del fiduciario".

En el sentido expuesto se manifiestan los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[121] al interpretar la expresión legal "que no pasen del segundo grado", ya que señalan que "es claro que se refiere el legislador a personas que no viven, pues las que viven han sido objeto de atención por él anteriormente. Por tanto, "segundo grado" es expresión contrapuesta a "personas que vivieren a la muerte del testador. Interpretarla como sinónimo de "generación", ya que cada generación forma un grado según el artículo 915, equivaldría a circunscribir al ámbito familiar la llamada a personas que no viven al fallecer el testador". Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como destacan los citados profesores, "ha declarado con reiteración que "grado" ha de entenderse como "llamamiento" o "segunda sustitución", que no se ha de limitar al ámbito familiar (Ss. de 23 de junio de 1940 y 4 de noviembre de 1975 y 22 de noviembre de 2010). Por tanto, que las sustituciones

---

[121] Vid.: DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed. Tecnos, Madrid, 11ª edición, 2.012, págs. 98 y 99.

no pasen del segundo grado es equivalente a que no son admisibles más de dos llamamientos sucesivos en favor de personas que no viven al abrirse la sucesión del causante. La llamada al fiduciario no agota ninguno porque el artículo 781, en esa interpretación, lo que permite son dos *sustitutos,* y el fiduciario no es más que un *instituido,* no un sustituto. Sustitutos suyos son los llamados sucesivamente para el momento que tenga que restituir la herencia".

Por su parte, como se acaba de señalar, la Jurisprudencia dictada sobre el tema participa del razonamiento expuesto, al menos desde la Sentencia de 23 de junio de 1940, por lo que en términos prácticos se debe estar a la línea interpretativa mayoritaria, recogida en la Sentencia de 31 de enero de 1980: "conforme a dicho precepto legal (art. 781) y a la doctrina sentada por la Sentencia de esta Sala de 23 de junio de 1940, que lo interpreta, la palabra "grado" equivale a "llamamiento", y al declarar la sentencia impugnada que la finca objeto de la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda es propiedad del actor, hoy recurrido, y demás comuneros… no ha tenido en cuenta el contenido del mencionado artículo por entender que segundo grado es sinónimo de segundo llamamiento y su cómputo ha realizarse a partir del fiduciario, como primer heredero instituido, que en este caso lo son los dichos demandantes, los bisnietos del testador están en segundo grado, y por ello son los que en realidad adquirirían el pleno dominio de la finca litigiosa".

Como conclusión, se puede participar de la opinión del profesor LASARTE[122] cuando afirma que "el resultado a que llega la

[122] Vid.: LASARTE ÁVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, op.cit, pág. 113.

doctrina mayoritaria y la (escasa) jurisprudencia dictada sobre el particular, altera sin duda el planteamiento y la *ratio legis* de nuestros codificadores, que efectivamente pretendieron reducir el juego de las sustituciones fideicomisarias, si no a *márgenes ilusorios,* sí al menos a márgenes más estrictos, temporalmente hablando, de los que, en términos reales, actualmente se preconizan".

2.2. Peculiaridades de la sustitución fideicomisaria tras la reforma de la Ley 41/2003.

Pues bien, el Código Civil -tras la reforma introducida por la Ley 41/2.003- permitía que el testador pudiera gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria; pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Como mantiene la generalidad de la doctrina, ello supone alterar la regla de la intangibilidad de la legítima[123]. Como hemos dicho

[123] Sin embargo, PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados", op. cit., pág. 688, argumenta que "la regla general sigue siendo la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima. Lo que hace el legislador es ampliar las excepciones a la misma. Si antes de la reforma de 2003 la única excepción que se permitía era el gravamen sobre la legítima de los hijos y descendientes que suponía la legítima del cónyuge viudo, que grava el tercio destinado a la mejora, la Ley de 2003 añade una nueva excepción: el gravamen sobre la legítima de los hijos y descendientes a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado. La diferencia es que, en el supuesto anterior el tercio que resultaba gravado era el de mejora. Ahora será el de legítima estricta"

En el mismo sentido se manifiesta CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Boletín Electrónico Sepín Editorial Jurídica, Junio 2007, y elitte base de datos SP/DOCT/3275, pág. 5***,** que indica: "Como señalé, la reforma no altera la regla general contenida en el art. 813 CC. En efecto, como criterio básico, no puede imponerse sobre la legítima gravamen ni condición. Lo que sucede es que, además de la excepción ya reconocida por la que quedaba admitida la posibilidad de gravar la legítima, en concreto sobre el tercio de mejora, en beneficio del cónyuge viudo, ahora se incorpora otra, por la cual se permite el gravamen cuando se realice a favor de hijos o descendientes judicialmente incapacitados. La modificación del art. 808 aclara que podrá

anteriormente, en esta materia los artículos afectados por la reforma son: el artículo 782 que tiene una nueva redacción; el artículo 808, al que se añade un nuevo tercer párrafo –pasando a ser cuarto el anterior párrafo tercero; y el artículo 813, a cuyo párrafo segundo se da nueva redacción.

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 41/2003, el artículo 813.2 del C.C. disponía: "Tampoco podrá imponer sobre ella –*la legítima*- gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuento al usufructo del viudo*".*

El nuevo artículo 813.2 ya prevé la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, al expresar: "Tampoco podrá imponer sobre ella –*la legítima*- gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados*"*[124]*.* Por su parte el citado artículo 808, en su nuevo párrafo tercero, dispone: "Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos*".*

---

establecerse una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, subrayándose que serán fiduciarios los hijos o descendientes *judicialmente incapacitados* y fideicomisarios los (demás) coherederos forzosos".

[124] Por tanto, este artículo recoge dos clases distintas de gravámenes: uno, legal, como es el usufructo establecido a favor del cónyuge viudo, y otro de origen voluntario, como es el del testador que establece a favor de su hijo o descendiente judicialmente incapacitado una sustitución fideicomisaria gravando para ello la legítima de los coherederos forzosos.

Por otro lado, el antiguo artículo 782 disponía:" Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes*".*

Con redacción muy distinta –en lo que se refiere a la legítima - establece el nuevo artículo 782: "Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808*".* Mantiene sin cambio el gravamen de la mejora al establecer:"Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes*".*

La regulación de la nueva sustitución fideicomisaria introducida por la Ley 41/2003, aparte de las peculiaridades introducidas por los artículos modificados, será la prevista con carácter general en el Código civil, es decir, la recogida en los artículos 781 a 789.

Esa es la opinión, entre otros, de BOTELLO HERMOSA[125] cuando afirma que "hemos de exponer desde el principio que del estudio de la figura especial que su regulación, fuera de los artículos del c.c. modificados al respecto por la LPPD, será la misma que existe para la sustitución fideicomisaria ordinaria, es decir, la comprendida ente los artículos 781 y 789 del C.c., debiendo de tenerse la regulación de la institución ordinaria para resolver los posibles conflictos que surjan en relación con la

[125] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 99.

institución especial"; o RAGEL SÁNCHEZ [126] cuando dice que "el régimen del fideicomiso seguirá las pautas recogidas en los arts. 781 y ss. C.c.…": o PEREÑA VICENTE[127] cuando expone que "la falta de previsión del legislador hace que debamos aplicar el régimen jurídico de las sustituciones fideicomisarias en general a todo lo que no se encuentre especialmente regulado…".

2.3. Peculiaridades de la sustitución fideicomisaria tras la reforma de la Ley 8/2021

En la introducción de este capítulo ya trascribimos el tenor literal de los artículos afectados por la reforma de la Ley 8/2021 en la materia que nos ocupa: 782, 808 y 813.

Tenemos que resaltar en primer lugar que los nuevos artículos 782 y 808 C.c. ya no se refieren a personas incapacitadas judicialmente sino a personas que se encuentren en situación de discapacidad; lo cual supone un cambio muy importante en relación a la anterior regulación de la Ley 41/2003.

Poniendo en relación la regulación de esta última Ley con la realizada por la Ley 8/2021 tenemos que destacar algunas ideas.

En primer lugar, la Ley 8/2021 sigue permitiendo alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima; posibilidad iniciada con la Ley 41/2003.

En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, mientras que con la reforma introducida por la Ley 41/2003, el sujeto al que se pretendía proteger era el incapacitado judicialmente, con la

[126] RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Artículo 808", *Comentarios al Código Civil,* Tomo IV, Director: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 5871.

[127] PEREÑA VICENTE, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", Diario La Ley, nº 5957, 18 de febrero de 2004, pág. 2.

reforma de la Ley 41/2021 se pretende proteger a la persona en situación de discapacidad.

En tercer lugar, también es resaltable que la Ley 41/2003 supuso una reforma parcial del Derecho de sucesiones, que ha sido modificada por la Ley 8/2021.

Hay que destacar también que, al igual que el mecanismo de protección introducido por la reforma de la Ley 41/2003 sólo podría beneficiar a los incapacitados que estuviesen sujetos al Código civil, la reforma introducida por la Ley 8/2021 solo se podrá aplicar a las personas en situación de discapacidad sometidas al citado Código, ya que -como sabemos- el sistema sucesorio del mismo no se aplica en las comunidades autónomas con Derecho civil propio, en las que se aplicará su propio régimen sucesorio y legitimario.

El artículo 782 introduce grandes cambios en la regulación de los posibles sujetos beneficiarios, que se amplía de forma extraordinaria, en base a la nueva redacción de la Disposición Adicional cuarta del C.C., introducida por la Ley 8/2021.

El artículo 808 pasa a tener de cuatro a cinco párrafos, siendo el tercero el que se ocupa de la parte de libre disposición, y describe la sustitución en los párrafos cuarto y quinto, los cuales suponen las principales modificaciones introducidas en la norma, lo que en opinión de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[128] "complica extraordinariamente la de por sí difícil interpretación de la institución. Creo que se trata de uno de los preceptos que mayores novedades presenta respecto de la redacción anterior, en el que

[128] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C.*, Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* 2021, pág. 935.

cambian los sujetos, la extensión del concepto, que se amplía a facultades no contempladas antes de forma expresa, introduciendo una mayor expresión de la autonomía de la voluntad del causante, llamando la atención que sea primera vez que se utiliza en el código la expresión <<de residuo>>."

El artículo 813 tan sólo cambia la alusión a "los hijos o descendientes judicialmente incapacitados" por "lo establecido en los artículos 782 y 808".[129]

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[130] considera, con argumentos bastante convincentes, que el legislador no ha

---

[129] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 935, en relación a los artículos modificados, pone de manifiesto "la enorme carga de indefinición y ausencia de claridad que presentan preceptos que deberían expresarse con mayor rigor, pues estamos ante la aplicación de las legítimas -que no se han tocado-, y cuyos estrictos principios presiden la interpretación de sus excepciones. Llama la atención que, con lo complejo de la tramitación prelegislativa y parlamentaria, plagada de versiones sucesivas y de enmiendas, nadie parezca fijarse en estos preceptos más que en el tema de los posibles beneficiarios sin adentrarse en absoluto en la compleja redacción de los preceptos que dificulta extraordinariamente su entendimiento."

[130] Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, págs. 936 y 937, quien escribe "vaya por delante, como primera objeción, que en absoluto se contempla en esta institución que la persona con discapacidad herede en identidad de condiciones que los demás, ni que pueda gestionar su patrimonio como cualquier otro sujeto, ni que se garantice su libertad de decisión,….

…Resumiendo, la reforma está posibilitando tratar de diferente manera a los legitimarios que presenten discapacidad, lo que, se justifique como se quiera justificar, es contrario a las premisas de la Convención. Se mire como se mire la igualdad y la plena inclusión implican que se herede en idénticas condiciones a cualquier otro.

Por otra parte, si los bienes dejados así constituyen el único patrimonio de la persona con discapacidad, cuando sea él el causante de su misma sucesión perdería igualmente la posibilidad de regir el destino de sus propios bienes por vía testamentaria, pues tales activos no se integrarían en su haber hereditario al tener un destino prefijado por la ley.

conseguido implantar con la debida corrección los principios de la C.D.P.D. en la reforma que la Ley 8/2021 introduce en los artículos del C.C. referentes al derecho sucesorio; esta idea se puede predicar especialmente de la reforma de la sustitución fideicomisaria, pues son varias las restricciones que presenta la figura para considerar a la persona con discapacidad en una situación de pleno ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con otras personas que no se encuentren en dicha situación.

3.- SUJETOS de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta

3.1. El Fideicomitente. Forma de establecer la sustitución fideicomisaria

3.1.1. El Fideicomitente conforme a la Ley 41/2003

El fideicomitente es causante tanto del instituido como de los sustitutos, según se desprende de los artículos 782 y 808.3 del Código civil, y ha de ser padre o ascendiente de los fiduciarios y de los fideicomisarios.

El fideicomitente deberá establecer la sustitución fideicomisaria en su testamento, que se regirá por las reglas

---

A mayor abundamiento, deberíamos tener presente la circunstancia de que en tal caso se está aniquilando la legítima del resto de los colegitimarios, contraviniendo la inspiración de la regulación de la materia, con una evidente desheredación *de facto, …*

Pero es que, además, si el escenario es el mismo, y no tiene bienes fuera del fideicomiso, también quedarán afectados sus descendientes, que se verían privados de su propia legítima, ….

La institución funciona en consecuencia no sólo como un gravamen para los colegitimarios de la persona con discapacidad, sino como una carga para el propio beneficiario, con una extraordinaria limitación de sus facultades y libertad de decisión; así como una posible merma de las expectativas hereditarias de sus propios descendientes."

generales. De forma que dicha sustitución sólo se dará en la sucesión testada, nunca, lógicamente en la intestada. Dentro de la testada, se puede establecer tanto en testamento notarial como en testamento ológrafo (que se debe protocolizar notarialmente en el plazo de cinco años, tal como establece el artículo 689 del Código civil).

Parece claro que la única forma posible de establecer la sustitución fideicomisaria es la testamentaria En ese sentido se manifiesta la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, en su apartado VII.b, cuando dice: "se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta…" El propio artículo 808, en su párrafo tercero, también se refiere al testador: "Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta…"

Aunque según se desprende del Código civil tanto el fiduciario como el fideicomisario se consideran herederos[131], algunos autores afirman que los llamamientos derivados de la sustitución

[131] En ese sentido, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op.cit., pág. 97, señalan: "Ambos son herederos del testador y lo mismo recibe de él el primer llamado que el segundo"; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, op.cit, págs.108, dice: "Siendo así, ambos son herederos del testador, aunque lo sean de forma sucesiva en el tiempo, quedando obligado el primero de ellos a conservar los bienes hereditarios en favor del segundo"; MONTÉS PENADÉS, V., "La sustitución fideicomisaria", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* López y López, A. M., Montés Penadés, V., Roca i Trias, E. y otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 190, indica: "El fiduciario es un heredero y por tanto propietario de los bienes sujetos a sustitución…", y en la pág.186 dice: "El fideicomisario, por otra parte, aunque recibe los bienes después de haberlos tenido hasta su muerte el fiduciario, no le sucede. Sucede al fideicomitente, de quien es segundo heredero".

fideicomisaria se pueden hacer tanto a título de herencia como de legado[132].

Sobre la forma de establecer la sustitución fideicomisaria GÓMEZ GÁLLIGO[133] opina que, además de por testamento, también será admisible la constitución de esta sustitución especial por vía de donación, de manera que el donante imponga la reversión de lo donado, una vez ocurra el fallecimiento –o el

[132] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 23, dice: "En cuanto al título por el que los llamados suceden al causante, como la expresión "coherederos forzosos" (empleada por el a. 808, p.3 C.c.) al igual que la de "herederos forzosos" (a.806,a.807…), según la mayoría de la doctrina, nada prejuzga sobre ello, habremos de concluir que, al igual que en las sustituciones fideicomisarias que podríamos llamar ordinarias (a.789 C.c.), los llamamientos derivados de la que ahora estudiamos pueden ser tanto a título de herencia como de legado"; PUIG FERRIOL, L.: "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela, 2005, pág. 285, señala que "esta sustitución fideicomisaria sigue el régimen propio de esta modalidad de las sustituciones hereditarias, en la terminología del Código civil, es decir, comporta un *ordo successivus* establecido por el fideicomitente, en el sentido de que supone adquisición sucesiva de la condición de heredero o legatario, pese a que la letra del artículo 781 CC no refleja con claridad esta configuración jurídica de la herencia fideicomisaria"; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", *Discapacitado, patrimonio separado y legítima,* Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.006, págs. 197 y 198, dice que "estimo, con igual claridad que el testador podrá ordenar el fideicomiso de que se trata, tanto con carácter de herencia como de legado (art. 668) y, en ambos casos, tanto de cuota como de cosa cierta y determinada que se impute al tercio de legítima estricta en todo o en parte. No supone obstáculo alguno a esta afirmación el hecho de que la Ley, en la modificación que efectúa del párrafo tercero del art. 808 CC, hable solo de *coherederos* forzosos y ello porque es la forma en que el Código se refiere a los legitimarios en muchas ocasiones (v.gr. arts. 806 y 807) pese a disponer, paladinamente, que la legítima puede dejarla el testador por cualquier título (art. 815) es decir, por herencia, legado o, incluso, donación (art. 819)".

[133] Vid.: GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 687, enero-febrero 2.005, pág. 20; y "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios (Escola Galega de Administración Pública), Santiago de Compostela, 2005, pág. 155.

levantamiento de la incapacitación- del hijo o descendiente donatario judicialmente incapacitado, a favor de los demás hijos o descendientes coherederos forzosos (ya que de los artículos 636 y 641 del Código civil se deduce la sujeción de este tipo de donaciones a las mismas limitaciones que las sustituciones testamentarias).

Por su parte LEÑA FERNÁNDEZ[134] indica que pese a que el Código civil permita dejar la legítima por donación (con más exactitud, dejar bienes por donación que se imputen a la legítima amplia o a la legítima estricta) lo que no permite es que pueda disponer por donación un fideicomiso legitimario. Aunque, a continuación, matiza que se podrían conseguir sus efectos, por vía indirecta, aunque terminológicamente tuviese distinta denominación, mediante el mecanismo de la reversión a terceros del artículo 641 del Código civil, ello teniendo en cuenta que el citado precepto dice que podrá el donante establecer la reversión a favor de personas distintas del donador (en este caso: donación, a favor de un hijo incapacitado, de bienes imputados al tercio de legítima estricta, y que habrán de revertir, a su fallecimiento, a los demás colegitimarios) "*en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias".* Termina el citado autor[135] diciendo "por tanto, estimo que, al abrirse la sucesión y quedar imputados esos bienes donados a la legítima estricta, cabrá el gravamen establecido sobre ella por la reversión, ya que este gravamen estará dentro de los "casos" y "limitaciones"

[134] Vid.: LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 198.

[135] Vid.: LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 198.

establecidos por el Código para las sustituciones testamentarias y no habrá que reducir".

Sobre este tema, PEREÑA VICENTE[136] se plantea la posibilidad de que el padre o ascendiente puede hacer una donación de todos sus bienes al hijo o descendiente incapacitado con una cláusula de reversión de los bienes donados o de parte de ellos a los demás hijos a la muerte del primero; con ello se conseguiría la misma finalidad que con la sustitución. En opinión de la citada autora[137] "se podría fundamentar esta posibilidad en el art. 636 del Código Civil que impide a una persona dar o recibir por donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento, luego si un padre puede dejar toda su herencia al hijo incapacitado, aunque con la obligación de que a su muerte parte de ésta pase a los demás legitimarios, podría admitirse que pueda conseguir el mismo resultado por vía de donación". Pero, a continuación, pensamos que de forma acertada, matiza lo anterior diciendo: "sin embargo, la necesidad de que la sustitución fideicomisaria sea expresa, y el hecho de ser ésta una excepción a la intangibilidad de la legítima, lo que obliga a una interpretación restrictiva, pueden ser argumentos para *no* admitir esta posibilidad, incluso aunque el padre lo confirmase en su testamento"[138].

---

[136] Vid.: PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, op. cit., pág. 693.

[137] Vid.: PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, op. cit., pág. 693.

[138] Sobre el tema, escribe ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado,* Núm. 53, Enero-Marzo, 2005, págs.135 y 136, que "… cabe también preguntarse si la nueva modalidad de satisfacción de la legítima mediante el fideicomiso es la única posibilidad de flexibilizar el sistema o si, por

En conclusión, aunque mediante otras figuras se puedan conseguir los mismos efectos que mediante la sustitución fideicomisaria, el legislador es claro al referirse exclusivamente a ella como mecanismo para conseguir los objetivos que persigue. Y lo plantea como algo excepcional. Por tanto, la utilización de otras figuras puede originar la impugnación por parte de los legitimarios

---

el contrario, cabrían otras posibilidades institucionales que la Ley no ha tenido en cuenta. Quizá en este punto quepa achacar al legislador bastante falta de imaginación, porque los gravámenes sobre la legítima conocen más modalidades que la expresamente regulada, y, además, muchas de esas otras posibilidades serían perfectamente asumibles. Por ejemplo, ¿sería posible utilizar el mecanismo del artículo 787 CC (llamamiento en usufructo) para las mismas finalidades? ¿Sería muy inconveniente la posibilidad de que los demás legitimarios percibieran su legitima como fiduciarios, y que el incapaz sucediera, aparte de en su legítima, como fideicomisario de los demás? ¿Y no sería admisible el establecimiento de disposiciones modales sobre la legítima en beneficio del incapaz y a cargo de los otros legitimarios? Estos ejemplos, y muchos otros que podrían ponerse, manifiestan que quizás el legislador ha sido demasiado prudente a la hora de concretar sus propósitos en una sola institución, cuando puede haber muchas otras que prácticamente vendrían a cumplir la misma función.

Lo que sucede es que teniendo en cuenta la excepcionalidad de la nueva posibilidad, se debe ser prudente a la hora de admitir estas nuevas figuras. En nuestra opinión, sería claramente admisible, por comportar prácticamente las mismas garantías para los legitimarios, la institución del incapacitado en usufructo sobre la legítima estricta, bienes que corresponderían a los colegitimarios como nudos propietarios (¿y cabría el desplazamiento por el causante del usufructo vidual hacia el tercio de legítima estricta?; en principio no parece que ello debiera encontrar obstáculo, pues, como gravamen de la legítima, resultaría prácticamente similar al legalmente autorizado, o, incluso, algo más beneficiosos para los legitimarios; ahora bien, el hecho de no haber sido expresamente previsto por la Ley hace peligroso recurrir a esta posibilidad, ante la eventualidad de su impugnación).

En cambio, la posibilidad de que el incapacitado sea fideicomisario de los bienes percibidos como legítima por los demás colegitimarios en concepto de fiduciarios se aleja claramente de las previsiones del legislador y debería considerarse excluida. Más dudoso es el tema relativo a las posibles disposiciones modales a favor del incapacitado y a cargo de los colegitimarios, pues esas disposiciones podrían ser más favorables para éstos que el mecanismo diseñado por el legislador. En cuanto lo fueran, no se entiende que pudieran encontrar ningún obstáculo. No obstante, quizá sea recomendable que no se utilice esta figura por el peligro de que fuera impugnada por los legitimarios".

que lo estimen oportuno, y en su caso, la privación de los efectos perseguidos.

Además de utilizar sólo el mecanismo expresamente previsto por el legislador, es decir, la sustitución fideicomisaria, el testador tiene que establecerla de forma expresa. Así lo establece el artículo 783.1: “Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos”. Máxime en el supuesto que nos ocupa, al suponer un gravamen sobre la legítima estricta, permitido ahora por el legislador de forma excepcional, ya que implica la ruptura de la intangibilidad de aquella.

El testador deberá determinar con suficiente claridad qué porción o qué bienes van a ser objeto de la sustitución fideicomisaria, quién o quiénes van a ser los fiduciarios y quién o quiénes van a ser los fideicomisarios. Pero no es necesario que se utilice literalmente la expresión “sustitución fideicomisaria”; es suficiente con imponer “al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”, tal como establece el artículo 785.1. Hay que entender, también, que no es necesaria la determinación individualizada o nominal de los fiduciarios y de los fideicomisarios si se les puede identificar con arreglo a las referencias genéricas del artículo 808.3 del Código civil[139].

3.1.2. El Fideicomitente conforme a la Ley 8/2021: novedades

Partiendo de lo ya expuesto respecto de la Ley 41/2003, vamos a destacar algunas novedades introducidas por la nueva regulación de la Ley 8/2021.

[139] En ese sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, op. cit., pag.127.

El fideicomitente es causante tanto del instituido como de los sustitutos, según se desprende de los artículos 782 y 808.4 del Código civil, y ha de ser padre del fiduciario, como se desprende del artículo 808.4 cuando dice "…lo así recibido por el hijo beneficiado…".[140]

Hay que resaltar que el fideicomitente lo será respecto de un fiduciario que ya no será un incapacitado judicialmente, sino una persona con discapacidad.

Al igual que dijimos respecto de la Ley 41/2003, el fideicomitente deberá establecer la sustitución fideicomisaria en su testamento, que se regirá por las reglas generales. De forma que dicha sustitución sólo se dará en la sucesión testada, nunca, lógicamente en la intestada. Dentro de la testada, se puede establecer tanto en testamento notarial como en testamento ológrafo (que se debe protocolizar notarialmente en el plazo de cinco años, tal como establece el artículo 689 del Código civil).

Parece claro que la única forma posible de establecer la sustitución fideicomisaria es la testamentaria En ese sentido se manifiesta el nuevo artículo 808, en su párrafo cuarto, cuando dispone: "…el testador podrá disponer de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador…"

[140] En ese sentido se manifiesta DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op. cit, pág. 939, cuando afirma "el posible fiduciante se circunscribe, con la reforma a la categoría de los padres, cambiando la expresión de <<descendientes>> por la de hijos. Queda zanjada así la polémica doctrinal sobre si pudiera ser fiduciario un descendiente mediato con discapacidad, lo que personalmente solo entendía posible si a su condición de descendiente sumaba la de ser legitimario, evidentemente por derecho de representación, pero no en otros casos, pues de no ser así los fideicomisarios no podrían, de suyo, ser sus colegitimarios".

En cuanto a la forma de establecer la sustitución fideicomisaria, y tal como dijimos respecto de la Ley 41/2003, aunque según se desprende del Código civil tanto el fiduciario como el fideicomisario se consideran herederos, algunos autores afirman que los llamamientos derivados de la sustitución fideicomisaria se pueden hacer tanto a título de herencia como de legado.[141]

3.2. El Fiduciario

3.2.1. El Fiduciario conforme a la Ley 41/2003

A) Requisitos para ser fiduciario

a) El fiduciario debe estar incapacitado judicialmente.

Conforme a los artículos 782, 808.3 y 813.2 del Código civil, el familiar que puede ser protegido como fiduciario mediante una sustitución fideicomisaria tiene que estar incapacitado

[141] En relación a la regulación de la Ley 41/2003, se planteaba la doctrina la posibilidad de que fuera el cónyuge o pareja, en uso de las facultades que pueda conferir el testador al amparo del artículo 831 CC, quien pudiera disponer el establecimiento de una sustitución fideicomisaria que gravase la legítima estricta de los demás. Según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 940, "la cuestión puede continuar planteándose al amparo de la nueva letra, manteniéndome en la postura de quienes niegan tal posibilidad en el caso de que no se hubiese contemplado expresamente por el testador, a lo que habría de añadir lo resuelto por la STS 24.5.2019 (RJ 2019,2113), sobe la extensión del contenido del art. 831, en la que no se permite diferir el pago de la legítima estricta, reconociendo el derecho de los legitimarios a su inmediata satisfacción. Destaca el pronunciamiento la importancia que reviste que la interpretación quede sujeta a los principios que rigen el régimen sucesorio del Código, lo que considero esencial a la hora de buscar sentido a cualquier norma que se modifique, disponiendo que << *la legítima estricta constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la propia norma*>>.Sin duda, si el causante quiere, en uso de su supuesta libertad, hacer uso de las previsiones que le brinda el art. 782, en relación con el art. 808, podría hacerlo personalmente, pero lo que no considero admisible es que lo haga el cónyuge viudo por la vía de la delegación del art. 831 CC:"

judicialmente; no es suficiente que sea una persona con discapacidad ni tampoco que sea una persona declarada dependiente.

Podemos plantearnos cuál es el motivo por el que el legislador ha exigido que el fiduciario tenga que ser un incapacitado y que no sea suficiente con ser una persona con discapacidad[142].

Se ha dicho que el motivo que movió al legislador a exigir la incapacitación es "que el simple discapaz no cuenta con ningún órgano que, a semejanza de los tutores o curadores, vele por sus intereses; en nuestro sistema tal situación sólo puede lograrse mediante la incapacitación", y que en "conclusión…es la necesidad de "fiscalizar" el destino que se da a los bienes sobre los que recae la sustitución fideicomisaria, lo que ha llevado al legislador a requerir la declaración de incapacidad en el favorecido por la medida, siendo consiguientemente el tutor o el curador el encargado de velar por el adecuado uso de los bienes"[143].

---

[142]MUÑIZ ESPADA, E., "Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 3.433, se plantea dicha cuestión cuando escribe "Se modifica el art. 782 del CC. Permitiendo gravar la legítima, en este caso se concreta a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (y por qué no con una discapacidad pero no incapacitado?), ….".

[143] Vid.: HERRERO OVIEDO, M., "Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado", *La protección jurídica del incapacitado, II Congreso Regional,* Coordinador: Serrano García, I., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 289. La misma opinión mantiene DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", *Aranzadi Civil* 2006, volumen I, primera edición (Tomo XV), págs. 2108 y 2109.

Otros autores[144] han mantenido que lo que persigue el legislador exigiendo la incapacitación para que pueda constituirse la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es fomentar la incapacitación. Es verdad que el hecho de exigir que el fiduciario sea un hijo o descendiente incapacitado puede facilitar que se inste la incapacitación de personas que, quizá, en otro caso, no serían incapacitadas[145], pero pensamos que no es ésta la razón que llevó al legislador a exigir el requisito de la incapacitación.

Nosotros participamos de la opinión de la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[146] sobre el motivo por el que el legislador optó por el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados; dicho motivo es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían quedar favorecidos (fiduciarios) por los artículos 782, 808 y 813 del Código civil, puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (sobre todo si consideramos la tendencia manifestada en algunas leyes de considerar discapacitados a los

---

[144] Vid.: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., pag.137; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, nº 4, 2ª quincena de febrero de 2004, pág. 362, nota 7, además de estimar que la exigencia de la incapacitación es una forma fomentar dicha figura, también dice: "Seguramente, puesto que es una medida excepcional, el legislador ha querido introducir la posibilidad de gravar la legítima sólo cuando quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma".

[145] Sobre el rechazo sociológico a la incapacitación y sus motivos, vid: FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., "La autotutela", *La protección jurídica del incapacitado, I Congreso Regional,* Coordinador: Serrano García, I., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 68 y siguientes; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* Ed. Iustel, Madrid, 2008, pág. 173.

[146] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, op.cit., págs. 63 y 64.

incapacitados judicialmente, aunque no se haya declarado discapacitados por resolución del órgano competente) y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometido a tutela o curatela [147]), que aquella que, simplemente, ha sido declarada discapacitada. Por tanto, el motivo del legislador, lejos de ser el fomento de la incapacitación, es el de servirse de que la incapacitación es menos frecuente que la discapacidad para reducir las posibilidades de gravar la legítima estricta y, por tanto, los supuestos en que se contraríe el principio general de la intangibilidad. Lo que puede cuestionarse es que el fundamento de la elección del legislador esté materialmente justificado, puesto que esa situación de mayor gravedad que se supone en el incapacitado respecto del discapacitado, no tiene porque suponer igualmente una mayor necesidad de medios materiales, que es lo que se obtiene con esta sustitución fideicomisaria sobre la legítima[148].

---

[147] En ese sentido, PUIG FERRIOL, L.: "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", op.cit., pág. 295, si bien cree que esto es cuestionable en los casos de curatela; así señala que "lo cual pueda tal vez cuestionarse en los casos de curatela, que presuponen la actuación del propio incapacitado con la asistencia del curador (cfr. Art. 289 CC); cuya actuación con respecto a los intereses patrimoniales del incapacitado es posible que resulte más beneficiosa para él mismo, que la que pueda derivarse de la imposición de un gravamen fideicomisario".

[148] En ese sentido SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op.cit., pág. 451.

Por su parte, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 105, expone que "en nuestra opinión, consideramos acertada la opinión del legislador de que no puedan beneficiarse de la sustitución fideicomisaria

b) ¿Cuando es necesario que el fiduciario esté incapacitado?

Otra cuestión que debemos plantearnos es la de cuando es necesario que el fiduciario esté incapacitado.

Según el artículo 758.1 del Código civil, "para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate". En consecuencia, parece que lo ideal es que la declaración de incapacitación del fiduciario ha de haberse producido ya en el momento de la muerte del testador fideicomitente[149]. No es necesario que, cuando el

---

especial las personas con discapacidad, principalmente por el elevado número de personas que sufren algún tipo de discapacidad, y las consecuencias jurídicas que ello podría derivar para el resto de sus coherederos forzosos.

Sin embargo, tampoco entendemos lógico que a través de una ley que tiene como finalidad la protección de las personas con discapacidad, se introduzca una figura que puede ir en su perjuicio, como es la sustitución fideicomisaria especial, y de ahí, que apostemos por la exclusión de las personas con discapacidad como posibles fideicomisarios de la institución especial".

[149] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 64; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., pág. 189, se pregunta si el fiduciario incapacitado "¿tendrá que haberlo sido con anterioridad a la fecha del testamento en que el fideicomiso ha sido establecido? Parece que la dicción literal de la modificación efectuada en el art. 808 así lo impone. Sin embargo, por aplicación de la doctrina jurisprudencial –Sent. T.S, 12-junio-56, entre otras- aplicable al art. 776 (sustitución ejemplar o cuasi pupilar) entiendo que lo único exigible es que al tiempo del fallecimiento del testador (no, por tanto, al tiempo del otorgamiento del testamento) el discapacitado hay sido ya incapacitado judicialmente"; PUIG FERRIOL, L.: "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", op. cit., pág. 294, que expone "(…) que en el caso del artículo 808, III C.c. se traduciría en la oportunidad de decretarse la incapacitación después de haberse ordenado la sustitución fideicomisaria y antes de la muerte del ascendiente fideicomitente"; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Artículo 808", *Comentarios al Código Civil,* Tomo IV, op. cit., pág. 5862, dice que "lo decisivo será que el descendiente esté incapacitado judicialmente en el momento cuando se produce el óbito del testador"; PEREÑA VICENTE, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", op. cit., pág. 3, señala que "lo importante será que exista la incapacitación judicial en el momento del fallecimiento del causante pues es entonces cuando el testamento despliega su eficacia".

causante otorga testamento, el fiduciario se encuentre ya incapacitado, siempre que lo esté al abrirse la sucesión. Como argumentos a favor de esta postura se pueden esgrimir, la finalidad que persigue el nuevo artículo 808.3, es decir, la protección del incapaz, una interpretación armónica con el artículo 776.1 del Código civil, en sede de sustitución ejemplar (figura ya derogada por la Ley 8/2021), en la que, como es sabido, se trata de nombrar sustituto "al descendiente mayor de catorce años, que conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental", y la propia naturaleza del testamento como acto de última voluntad que produce efectos mortis causa [150].

Ahora bien, para que surta efecto la sustitución fideicomisaria es imprescindible que la incapacitación se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión. Como bien señala la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN[151], si la incapacitación termina antes del fallecimiento del testador desaparece la causa que le habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, se tendrá por no puesta y los herederos forzosos, a menos que se haya puesto para tal supuesto una cautela de opción compensatoria, podrán hacer efectivos sus derechos inmediatamente. También por faltar el presupuesto legal, si el designado fiduciario falleciere antes que el testador, accediendo a la condición de legitimarios por derecho de representación sus descendientes (no incapacitados), quedará sin efecto la sustitución fideicomisaria.

---

[150] En ese sentido MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 64 y 65.
[151] Vid.: RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op.cit., página. 362.

Sobre esta cuestión, indica la profesora DÍAZ ALABART[152] que el fideicomiso que estudiamos está sometido a una condición esencial, la condición de incapacitado del fiduciario; y que no se trata de una condición puesta por el testador, sino que está implícita en la propia figura, es una "conditio iuris". Por tanto, si el fiduciario recuperara la capacidad, la condición, que si no se cumple no permite crear el fideicomiso, si una vez creado deja de cumplirse tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso. Al desaparecer el fideicomiso, los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial: vuelven a ser, ya sin gravamen, el tercio de legítima estricta de la herencia del testador[153].

---

[152] Vid: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2104; y DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *Revista de Derecho Privado,* Mayo-Junio 2004, págs. 261 y 262.

[153] En ese sentido, también escriben sobre el tema: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 77, que dice "también puede ocurrir que el fiduciario recupere la capacidad y deje de estar incapacitado judicialmente, para lo cual será necesario que haya recaído sentencia por la que se haya reintegrado la capacidad al incapacitado. En este caso, como pensamos que la incapacitación es una *conditio iuris* resolutoria implícita de esta figura, se resolvería el fideicomiso y los bienes fideicomitídos irían a parar a los legitimarios que hasta entonces había sido fideicomisarios"; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 204, señala que "naturalmente, si el fiduciario incapacitado recobra su capacidad en cualquier momento y se produce la modificación pertinente de la declaración judicial de incapacidad, se extinguirá el fideicomiso, pasando el tercio de legítima a ser propiedad libre del fiduciario y de los fideicomisarios por partes iguales. Realmente la sentencia modificativa de la incapacidad y declarativa de la capacidad del fiduciario actuará como una condición resolutoria del fideicomiso por falta de un requisito esencial del mismo"; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 157, expone que "… hemos de recordar que la incapacitación del fiduciario es una *conditio iuris* de la sustitución fideicomisaria especial, por lo que su cese surtirá efectos resolutorios sobre la institución, volviendo entonces los bienes

Otra cuestión que se puede plantear es la relativa a qué sucede si cuando se abre la sucesión el procedimiento de incapacitación ha comenzado pero todavía no ha recaído sentencia en la que se declare al hijo o descendiente incapacitado. La mayoría de la doctrina[154] se inclina por estimar que en este caso

---

fideicomitidos a formar parte del caudal relicto del testador, debiéndose repartir por partes iguales entre el hijo que recuperó la capacidad, antiguo fiduciario, y el resto de herederos forzosos, los cuales, hasta que el incapacitado recobró la capacidad, actuaban como fideicomisarios"; RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones. Común y Foral.* Tomo II, 4ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pág. 1478, expone que "la nueva sentencia firme que constituye y restituye el estado de plena capacidad tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso, éste se tendrá por no puesto y los coherederos forzosos podrán hacer efectivos sus derechos sin la limitación de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, que quedará libre del gravamen".

[154] Vid: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2107, dice que "creo que sería posible que si habiéndose dispuesto el fideicomiso, antes de la sentencia de incapacitación, y la muerte del fideicomitente se produjera comenzado el procedimiento de incapacitación, podría entenderse que la sustitución fideicomisaria será válida si el procedimiento finaliza con una sentencia de incapacitación. La razón de opinar así no es otra que primar la protección del incapacitado"; también la nota 33; DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *Revista de Derecho Privado,* Mayo-Junio 2004, pág. 263 y nota 16; HERRERO OVIEDO, M., "Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado", op.cit., pág. 290, que entiende en la nota 8, que estaríamos aquí, no ante una interpretación amplia de la norma, sino ante una interpretación conforme a la realidad social (artículo 3 del Código civil), dado que todo procedimiento lleva su tiempo; SERRANO GARCÍA, I., "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García,* Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pág. 114, que entiende que hay que hacer una interpretación semejante a la de la sustitución ejemplar; NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, coordinador: Muñoz Fernández, Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 137, dice que "dicha sustitución fideicomisaria dispuesta en contemplación de la incapacitación ya promovida sí que resulta defendible pues al ser temporalmente limitada la pendencia de la condición legal y al acotarse el periodo de duración de la administración provisional, el posible perjuicio que se irrogue a los colegitimarios quedará compensado con la expectativa de dar cumplimiento a la voluntad del testador y de proteger

sería eficaz el fideicomiso siempre que el procedimiento terminara con la incapacitación del fiduciario. Nos parece acertada esta postura doctrinal ya que, como regla general, debe primar la protección del incapacitado. Además, otro argumento que puede servir para apoyar esa tesis es la aplicación analógica del criterio establecido en el artículo 758.2, que para los casos de indignidad para suceder del artículo 756, nº 2 y 3, establece que para calificar la capacidad del heredero o legatario "se esperará a que se dicte la sentencia firme"; hasta que concluya el procedimiento pendiente y se dicte sentencia, la herencia deberá ser puesta en administración[155].

Sin embargo, en sentido contrario, hay una corriente doctrinal que considera que el procedimiento de incapacitación puede iniciarse, incluso, con posterioridad a fallecimiento del causante. En este sentido, podemos destacar a ESPEJO LERDO DE TEJADA[156], que afirma que "… pensamos que se debe ir más allá. En esta materia lo relevante debe ser que la pérdida de la capacidad de autogobierno opere ya en el momento de abrirse la sucesión, con independencia de que exista o no sentencia de incapacitación o se

---

patrimonialmente al hijo o descendiente cuya incapacitación sea declarada; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 148, expone que" bajo nuestro punto de vista, cuando se haya instado el procedimiento de incapacitación con anterioridad a la muerte del testador, habrá de esperarse al contenido de la sentencia, y en caso de que sea favorable a la incapacitación, la sustitución fideicomisaria especial será válida"; en sentido semejante se manifiesta, también, RIERA ÁLVAREZ, J. A., "Protección sucesoria de las personas discapaces", M*arco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad,* Coordinadoras: Díaz Palarea, M.D. y Santana Vega, D., Reus, Madrid, 2008, pág. 149.

[155] En ese sentido MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 65 y 66.

[156] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., págs.137 y 138.

haya iniciado o no con anterioridad este procedimiento. Por tanto, bastaría para entender que el fideicomiso es válido que el procedimiento de incapacitación, aun iniciado después de la apertura de la sucesión, acredite que en ese momento ya operaba la causa de incapacidad. Nos parece que ésta es la solución que mejor corresponde a una norma de carácter protector como la que comentamos y la que permite alcanzar la finalidad de fomento de la incapacitación".

También se manifiesta en este sentido MARTÍN MELENDEZ[157], cuando afirma que "en cuanto a la posibilidad de constituir la sustitución fideicomisaria *sometida a la condición suspensiva* de que el hijo o descendiente sea incapacitado en el futuro, iniciándose el procedimiento de incapacitación una vez fallecido el causante, no vemos inconveniente para ello siempre que la causa de incapacitación concurriera en el momento de abrirse la sucesión y se determinase un plazo prudencial para que la misma fuese declarada judicialmente, y llevaría a poner la herencia en administración hasta que se cumpliera la condición o hubiera certidumbre de que ya no se iba a cumplir".

La anterior postura doctrinal es criticada abiertamente, y de forma razonable, por BOTELLO HERMOSA[158] quien afirma que "tal postura puede suponer una verdadera desheredación de los herederos forzosos, e incluso, del propio enfermo, ya que se nos ocurre cuestionarnos: ¿Quién administraría la herencia fideicomitida hasta que los familiares del enfermo se animen a

[157] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 66.
[158] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 150.

iniciar el procedimiento de incapacitación, y finalmente se dicte sentencia?

O yendo más allá, ¿y si finalmente, tras años de espera desde que falleció el testador, hasta que se inició el procedimiento de incapacitación y se dicte sentencia, precisamente la sentencia no declara la incapacitación del enfermo?

Estos inconvenientes no se producen en la postura doctrinal que nos parece acertada y que defiende que, cuando se abra la sucesión del causante, el procedimiento de incapacitación ha debido comenzar aunque todavía no haya recaído sentencia en la que se declare al hijo o descendiente como incapacitado. En ese supuesto, al estar ya iniciado el procedimiento, el tiempo en el que la herencia permanecerá siendo administrada es mucho menor, dependiendo sólo del ritmo de trabajo de los tribunales para declarar, en su caso, la incapacitación de la persona enjuiciada, y en consecuencia, determinar la validez de la sustitución fideicomisaria establecida por el causante.

Yendo más lejos todavía, hay una última postura doctrinal que considera que la sustitución fideicomisaria especial podrá constituirse en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión, sin necesidad de que la enfermedad o discapacidad que origine la incapacitación, existiese antes del fallecimiento del testador (requisito que sí exigían los autores defensores de la teoría anteriormente expuesta y criticada). La incapacitación del heredero se debería producir en el futuro, aunque aquel tuviese

plena capacidad al morir el causante y no sufriese ninguna enfermedad que pronosticase una futura incapacitación[159].

Como máximo exponente de ésta última postura doctrinal se puede considerar a GÓMEZ GÁLLIGO[160], quien expone que "para que pueda constituirse el fideicomiso por parte del causante, es preciso que la declaración incapacitación exista en el momento de apertura de la sucesión. Pero nada obsta a que se imponga con carácter condicional, esto es, sujeta a la condición de que se produzca la incapacitación en cualquier momento posterior a la apertura de la sucesión*; el inconveniente en tal caso, es el mismo que en cualquier supuesto de institución condicional, cual es que habrá de poner la herencia en administración hasta que se cumpla la condición o haya certeza de que la condición no va a cumplirse (art. 801 del Código Civil)".

A ésta última postura doctrinal también se opone, de forma razonable, BOTELLO HERMOSA[161] quien afirma que "…se está defendiendo la posibilidad de que la herencia esté siempre condicionada ¿Y si Fulanito llega a ser incapacitado 30 años después de la apertura de la sucesión y ya no hay herencia? ¿Qué derechos tendría, entonces, éste contra el resto de herederos – fideicomisarios? O ¿quién compraría bienes sobre los cuales recae

---

[159] Vid. BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 151.

[160] GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op. cit., pág. 17; * en la nota 4 de esa misma pág. 17, el citado autor dice: "Caso de que se dijera -por ejemplo-: "Instituyo herederos a mis hijos.., si bien en caso de que mi hijo Fulanito sea judicialmente incapacitado, tendrán aquellos la consideración de herederos fideicomisarios siendo fiduciario éste último" .

[161] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., págs. 151 y 152.

una posible sustitución fideicomisaria que se constituiría en el supuesto nada descartable hoy en día, de que una persona que tiene plenitud de facultades mentales y físicas, sea incapacitada en un futuro?

En base a todo lo anterior, y para evitar varios problemas, de las distintas posturas doctrinales, parece más razonable la que defiende que cuando se abra la sucesión del causante, el procedimiento de incapacitación, al menos, ya ha debido comenzar, aunque todavía no haya recaído sentencia en la que se declare al hijo o descendiente como incapacitado.

Llama la atención la diferencia de trato que el nuevo régimen establece entre los descendientes legitimarios con discapacidad pero no incapacitados y los descendientes legitimarios que sí estén incapacitados. A los primeros se les puede beneficiar con el tercio de mejora y con el tercio de libre disposición, pero no se les puede favorecer con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Por el contrario, a los descendientes judicialmente incapacitados, además de con los tercios de mejora y de libre disposición, se les puede favorecer con una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de los demás legitimarios.

c) El fiduciario debe ser hijo o descendiente del testador. Algunas cuestiones sobre este tema.

Además de incapacitado judicialmente, el fiduciario debe ser hijo o descendiente del testador. Por tanto, no puede serlo un padre

o ascendiente, ni tampoco el cónyuge viudo[162]. Es curiosa la opción del legislador, puesto que – dadas las avanzadas edades que se alcanzan en nuestros días y las enfermedades físicas y psíquicas que en ellas suelen aparecer y que pueden ser causa de incapacitación- es frecuente que los familiares incapacitados sean, no los hijos o descendientes del testador, sino su cónyuge o sus padres y que sea a ellos a quienes se quiera favorecer, sin que la ley haya previsto la misma posibilidad que para los hijos y descendientes[163]. Si los hijos pueden verse privados

[162] En ese sentido, escribe COBACHO GÓMEZ, J.A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el Derecho de sucesiones; cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* coordinador: Rebolledo Varela, A.L., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 362, que "en la actualidad la persona que puede ordenar la sustitución fideicomisaria objeto de este trabajo es el padre o la madre, el abuelo o la abuela, el bisabuelo o la bisabuela respecto de hijos, nietos o bisnietos. Ningún otro testador puede imponer esta sustitución fideicomisaria, o sea que no pueden hacerlo los hijos o descendientes respecto de sus padres o ascendientes, ni el cónyuge en beneficio del cónyuge sobreviviente incapacitado".

[163] RAGEL SÁNCHEZ , L.F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, vol II,* Coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 2005 y 2006, dice " …estas consideraciones no impiden que el testador nombre fiduciario sobre la legítima estricta a su cónyuge, a un ascendiente o un descendiente no incapacitado: si lo hace se trataría de un gravamen que no está permitido por la ley y las designación podría ser impugnada por los legitimarios descendientes…Pero también es posible que los legitimarios descendientes consientan el gravamen, incluso en el caso de que no reciban una compensación con cargo a la parte disponible de la herencia".

Sobre este tema, escribe GONZÁLEZ PORRAS, J. M., en "Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas", *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba,* coordinadores. Casado Raigón y Gallego Domínguez, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, que "la nueva Ley parte de un único supuesto: que la protección se dispensa con referencia legal expresa a los hijos y descendientes del causante, a todos por supuesto, matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, ¿pero qué pasa con el cónyuge o compañero sentimental o con los ascendientes del causante? Yo creo que es una laguna imperdonable por muchas razones".

temporalmente de su legítima para favorecer a un hermano incapacitado ¿por qué no en beneficio de un ascendiente incapacitado, sobre todo si éste es su padre o su madre? Al no encontrar un motivo que justifique la negativa, la profesora DÍAZ ALABART[164] entiende que no existe inconveniente insalvable para establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los hijos a favor del cónyuge o ascendiente incapacitado del testador. Sobre esta cuestión, nosotros pensamos igual que la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[165]: que, aunque no está justificada la exclusión de esas personas, la ley es muy clara al referirse sólo a los hijos o descendientes, con lo que el cónyuge o el ascendiente del testador no podrán beneficiarse como fiduciarios de la sustitución fideicomisaria que estudiamos[166].

---

[164] Vid.: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2110; DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) *Revista de Derecho Privado,* Mayo-Junio 2004, pág. 263.

[165] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 52.

[166] En este sentido FUENTESECA DEGENEFE, C., "Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo I, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1º edición, 2.004, pág. 1.478.

Por su parte, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 103, dice que " en nuestra opinión, por paradójico que resulte, lo que el legislador pretende conseguir excluyendo a los padres, ascendientes y cónyuges como posibles fiduciarios es que no se produzca un gran número de sustituciones fideicomisarias especiales en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual, dicho de otra forma, supone que, por un lado, el legislador español de 2003 introdujo en nuestro Ordenamiento una figura de enormes consecuencias

Con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2003, si se quería favorecer en especial a un descendiente, el titular de los bienes podía utilizar a tal fin el tercio de mejora y el tercio de libre disposición. Si ese mismo descendiente era, además, legitimario conservaba sus derechos respecto del tercio de legítima estricta que compartía, en su caso, con los restantes descendientes legitimarios. Lo que no podía hacer el testador era asignarle íntegramente el tercio de legítima estricta si existían otros legitimarios, ni gravar la legítima de estos en su beneficio.

Tras la reforma de la Ley 41/2003, la libertad del testador ha resultado muy ampliada. Como muy bien destaca la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN[167], la reforma citada amplía la libertad del testador porque reconoce a éste una facultad que antes no tenía. Lo hace en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque se permite al testador incorporar una sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta para favorecer en *particular al legitimario que esté incapacitado judicialmente. Como indica el* artículo 808.3 del Código Civil, si alguno de los hijos o descendientes ha sido judicialmente incapacitado, el testador puede establecer un orden sucesivo de llamamientos al tercio de legítima estricta, en el cual el fiduciario va a ser el legitimario incapacitado y fideicomisarios los restantes coherederos forzosos, quienes tendrán que esperar a la muerte del incapacitado para disfrutar de sus derechos legitimarios. De esta forma el testador puede asegurar el disfrute del tercio íntegro de legítima a aquel de sus descendientes legitimarios incapacitado, con el consiguiente

---

jurídicas, pero, al mismo tiempo, decidió restringir al máximo su ámbito de aplicación para que dicha institución fuese lo menos usada posible".

[167] Vid.: RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op.cit, pág. 361.

aplazamiento para los restantes legitimarios. En conclusión, como las posibilidades de disposición del testador en relación al los tercios de mejora y de libre disposición no han variado, todos sus bienes podrán ir a parar, aunque algunos no de forma definitiva, al descendiente incapacitado.

Una cuestión que se puede plantear es que el testador tenga varios hijos o descendientes incapacitados y otros que no lo sean. Si decide constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, ¿podrá ser fiduciario uno sólo o deberán ser fiduciarios todos los hijos o descendientes incapacitados?

La doctrina da diversas respuestas a esta pregunta.

Hay autores, como PUIG FERRIOL[168], que piensan que si hay varios descendientes incapacitados, todos los incapacitados serán fiduciarios y todos los no incapacitados fideicomisarios.

Por otro lado, hay gran cantidad de autores que, conformando tres diversas corrientes doctrinales, tal como las sistematiza BOTELLO HERMOSA[169], consideran que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es una facultad del causante cuando tiene hijos o descendientes incapacitados, y por tanto, puede utilizarla o no, libremente; igualmente puede utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos

Hay una primera corriente doctrinal, formada por autores como MORENO FLOREZ[170] o RUEDA ESTEBAN[171], que considera

---

[168] PUIG FERRIOL, L.: "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", op. cit., pág. 281.

[169] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., págs. 113,114 y 116.

[170] MORENO FLOREZ, R. M., "La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado", en E*studios de Derecho de Sucesiones, Liber amicorum, T. F. Torres García,* coordinadores: Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M. P.,

Herrero Oviedo, M., Editorial La Ley, Madrid, 2014, págs. 1012 y 1013, que expone que "en la hipótesis de existencia de varios hijos o descendientes incapacitados, no hay que olvidar que la posibilidad de constituir esta especial sustitución fideicomisaria es, para el testador, una facultad y no una obligación. Por tanto, si hay varios hijos incapacitados, entiendo que no hay obligación de convertirlos a todos en fiduciarios el testador podrá beneficiar a uno sólo de ellos, aquel que considere que está más necesitado de protección. El hecho de que el legislador utilice el plural no significa que el testador deba designar a todos como fiduciarios; puede hacerlo, pero entiendo que no vulnera el contenido de la norma si sólo beneficia a uno. El requisito es que el fiduciario esté incapacitado, no que todos los incapacitados deban ser beneficiarios".

[171] RUEDA ESTEBAN, L., "El fiduciario del artículo 831 CC y la facultad de gravar con sustituciones fideicomisarias o con fideicomisos a favor de hijos o descendientes como forma de mejora", en *Estudios en Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez,* director: Pérez-Bustamante de Monasterio, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 585, afirma que "la sustitución que realice el ascendiente será voluntaria, en todo caso, así como expresa, de modo que, si éste tuviera varios incapacitados judicialmente, no estaría obligado legalmente a favorecer a todos, aunque probablemente si lo estaría moralmente, por tratarse de sus descendientes, si bien esto no significa que todos estén igualmente necesitados. Unos pueden tener mejor situación económica que otros, e incluso socialmente estar más amparados, bien sea por hijos o cónyuge que se ocupe de ellos. Realmente, las circunstancias éticas y morales son particulares de de cada testador, si bien afectan indudablemente".

También podemos destacar la opinión de CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit**,** pág. 7**,** que indica: "Para resolver este tema resulta imprescindible partir del dato de que el establecimiento de una sustitución fideicomisaria (como todas las de su género) no es para el disponente una obligación, sino una facultad. Este aspecto de su configuración potestativa aparece confirmado, además de por la genérica circunstancia de que deban hacerse constar expresamente en el testamento, sin posibilidad alguna de que pueda presumirse su existencia bajo sanción de ineficacia, por la reiterada utilización por parte del legislador de la expresión verbal *"*podrá(n) *"*aplicada al testador o a la propia figura de la sustitución fideicomisaria, que confirma su carácter potestativo. Sentado cuanto antecede cabe concluir que, puesto que la sustitución fideicomisaria es una *facultad*, por consiguiente una figura que el padre o ascendiente puede decidir libremente utilizar o no, el disponente *podrá* establecerla, si es su voluntad, a favor de *todos* los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, a favor de únicamente *alguno o algunos* de ellos o, incluso, optando por no ejercitar su facultad, no disponer su establecimiento a favor de *ninguno* de sus hijos o descendientes judicialmente incapacitados. En apoyo del criterio expuesto cabría adicionar otro argumento, cual es el de que en la materia considerada la norma general, es la no admisibilidad de gravámenes en la legítima, dato determinante de que la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria siempre resulte con carácter excepcional. En consecuencia, el testador no estará obligado a instituir como fiduciarios a todos los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, sino sólo a aquel o aquellos que considere como

que el testador queda facultado para designar libremente como fiduciario a cualquiera de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, sin necesidad de nombrarlos a todos al mismo tiempo; pero no se pronuncia sobre la situación en la que quedarán el resto de hijos o descendientes incapacitados que no han sido nombrados fiduciarios.

Existe una segunda corriente doctrinal, formada por autores que defienden la posibilidad de que en los supuestos en los que tenga varios hijos o descendientes incapacitados judicialmente, el testador queda facultado para beneficiar a todos simultáneamente, o a cualquiera de ellos individualmente, pudiéndolos llamar, incluso, de forma sucesiva, es decir primero a uno como fiduciario, a otro como fideicomisario (el cual, llegado el momento, será fiduciario), y el resto de coherederos forzosos como segundos fideicomisarios. En esta corriente doctrinal, podemos mencionar, entre otros, a autores como LEÑA FERNÁNDEZ[172] o DÍAZ ALABART[173].

---

más necesitados de protección, incluso si ésa fuera su voluntad a ninguno de ellos."

[172] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág.189, considera que "en el caso de ser dos o más hijos o nietos incapacitados ¿podrá el testador nombrarlos fiduciarios simultáneos o sucesivos? Parecería que sólo podría nombrarlos fiduciarios simultáneos con una interpretación restrictiva del párrafo tercero del artículo 808 CC. Entiendo, sin embargo, lo contrario a tenor de lo dispuesto en los arts. 778 y 781 CC que serán aplicables al no haber sido modificados".

[173] DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), op. cit., pág. 263, que "si un mismo testador tuviera más de un hijo o descendiente incapacitado podría: tanto nombrarlos a todos fiduciarios simultáneamente, cofiduciarios, como sucesivamente, uno para que lo sea después del otro, y solamente cuando acabe el tiempo correspondiente al segundo pasarían los bienes al fideicomisario". En parecidos términos se pronuncia GÓMEZ GÁLLIGO, J, "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op.cit., pág. 18.

Por último, hay una tercera corriente doctrinal, en la que se auto incardina BOTELLO HERMOSA[174], que defiende que el testador estará facultado para decidir libremente a qué hijo o descendiente incapacitado designa como fiduciario, siempre y cuando, dicha decisión no vaya en perjuicio del resto de hijos o descendientes incapacitados. Es decir, en otras palabras, esta postura doctrinal defiende que los hijos o descendientes incapacitados que no hayan sido instituidos como fiduciarios, tampoco podrán jamás ostentar la condición de fideicomisario en la sustitución fideicomisaria especial, por lo que se llega a la conclusión de que los incapacitados judicialmente, o son fiduciarios, o no pueden formar parte de la sustitución fideicomisaria especial.

Dentro de esta última corriente doctrinal, que es la que consideramos más acertada, podemos reseñar las palabras de NANCLARES VALLE[175] que expone claramente: "no comparto la opinión de quienes consideran que el testador puede designar a los incapacitados como fiduciarios sucesivos, pues aunque dijésemos que el incapacitado designado como fiduciario en segundo lugar no sería estrictamente un sustituto fideicomisario (entendiendo por tal al destinatario final de los bienes hereditarios), la realidad es que se estaría privando temporalmente a un incapacitado (al no designado como primer fiduciario) de lo que le correspondería por

---

También podemos destacar la opinión de MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., expuesta en las páginas 67 a 72.

[174] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 116.

[175] NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, op. cit., pág. 142.

legítima estricta, lo que no creo que responda el designio del legislador de 2003. (…) Lo cual pone de manifiesto que el causante está legitimado para decidir á quien beneficiar (de entre quienes cumplen con el requisito legal de estar incapacitado) mediante la excepción al régimen ordinario de la legítima estricta, pero no a quién perjudicar mediante la atribución de su legítima estricta sólo como sustituto fideicomisario, pues este gravamen no podrá soportarlo nunca un legitimario incapacitado".

También dentro de esta misma corriente doctrinal, podemos incluir a ESPEJO LERDO DE TEJADA[176], PEREÑA VICENTE[177], RUIZ-RICO RUIZ MORÓN[178] y, como ya dijimos, a BOTELLO

[176] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., pág.139, expone que "…podría suceder que la situación personal o patrimonial de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que ello conllevara la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados sólo vienen contemplados en la norma como fiduciarios, habrá que entender que o bien el testador los nombra como tales a todos ellos, o bien atribuye su legítima estricta a los que no quieran ser fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta";

[177] PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, op. cit., págs. 694 y 695, dice que "…el testador podrá designar como fiduciarios a todos los hijos o descendientes incapacitados, pero no estará obligado a convertir en fiduciarios a todos ellos, sino solamente a aquel de ellos que considere más necesitado de protección (…). Ahora bien, si para beneficiar a uno de los hijos o descendientes incapacitados grava la legítima de otro que también lo está, lo que hace es convertir a un incapacitado en fideicomisario y esto choca, no sólo con la finalidad de la Ley, sino también con su literalidad, según la cual, los incapacitados son fiduciarios. No es obligatorio que todos los sean, pero lo que no podrán es ser fideicomisarios. Por ello, no podrá gravar la parte de legítima que corresponda al hijo incapacitado a favor de otro que también lo sea. La sustitución podrá recaer sobre el resto de la legítima, pero dejando a salvo la parte que corresponda al hijo incapacitado".

[178] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 363, dice que "la forma de delimitar los grupos de fiduciarios y fideicomisarios lleva a entender que la facultad reconocida al testador no ampara, sin embargo, la posibilidad de ordenar una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de hijos o descendientes incapacitados aunque se establezca en beneficio de

HERMOSA[179], cuyas palabras podemos destacar: "…somos partidarios de que el testador con hijos o descendientes judicialmente incapacitados podrá elegir entre nombrarlos a todos fiduciarios simultáneamente, o designar, únicamente, a uno de ellos como fiduciario, lo cual supone que el resto de incapacitados quedarían excluidos de formar parte de la institución, ya que nunca podrían ser llamados a la misma como fideicomisarios, ya que, de ser así, estaríamos admitiendo la posibilidad de gravar la legítima estricta de un hijo incapacitado judicialmente, lo cual, resultaría contrario al espíritu de la norma, permitir que se grave la legítima estricta de un legitimario incapacitado para favorecer a otro".

Nosotros, como ya hemos dicho, consideramos que esta última corriente doctrinal es la más acertada y, por tanto, que el testador podrá nombrar fiduciario a uno, algunos o todos los hijos o descendientes incapacitados. Ello a pesar de la literalidad – en plural- del artículo 808.3 del Código civil: "siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados", lo que podría llevar a pensar que si son varios los hijos o descendientes incapacitados, todos deberían ser fiduciarios. Pensamos que el tenor literal del artículo obedece a una forma habitual de expresarse el legislador, puesto que ordinariamente utiliza el plural para referirse a los sucesores del causante, ya que lo normal es que sean varios (así, por ejemplo, suele referirse a los herederos

---

otros hijos o descendientes en quienes concurran la misma circunstancia; expresándolo de otra manera, si a la sucesión concurren varios legitimarios incapacitados judicialmente juntamente con otros que no lo están, y el testador decide hacer uso de la medida prevista en los artículos 782, 808.3 y 813.2, solamente podrá designar como fideicomisarios a legitimarios no incapacitados".

[179] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 118.

forzosos, hijos o descendientes, padres y ascendientes…)[180]. Pero, sobre todo, pensamos que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es una facultad del causante cuando tiene hijos o descendientes incapacitados, y por tanto, puede utilizarla o no, libremente; igualmente puede utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos. Lo que no puede el causante es nombrar fideicomisario a ninguno de sus hijos o descendientes incapacitados; estos o son fiduciarios o no pueden formar parte de la sustitución fideicomisaria regulada en la Ley 41/2003.

B) El fiduciario ¿tiene que ser legitimario?

El tercio de legítima comprende, según dispone el artículo 806 del Código Civil, *"*la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos", es decir, la legítima corresponde a los llamados legitimarios, a quienes no se puede privar de sus derechos si no existe una justa causa de desheredación. Y la legítima es de distribución igualitaria salvo que opere el derecho de representación.

Quiénes son legitimarios nos lo dice el artículo 807 del Código Civil:

"1º Los hijos y descendientes respecto de los padres y ascendientes.

2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

[180] En ese sentido, MARTÍN MELENDEZ, M.T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 68; y también, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 113.

3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece éste código*".*

Pues bien**,** pensamos que, en la sustitución fideicomisaria a que se refiere el nuevo artículo 808.3, tanto fiduciarios como fideicomisarios, tienen que ser legitimarios*.* Concretamente el citado artículo señala que los fiduciarios serán "hijos o descendientes judicialmente incapacitados*"* y los fideicomisarios serán "los coherederos forzosos*".* Un supuesto tipo podría ser el de un testador que tiene un hijo incapacitado y otros hijos con plena capacidad; nombraría fiduciario a su hijo incapacitado y fideicomisarios a sus otros hijos, y todos serían coherederos forzosos, es decir legitimarios. Como es sabido, el tercio de legítima estricta tiene unos destinatarios predeterminados en el Código civil a quienes no se les puede privar de sus derechos sino mediante desheredación fundada en causa legal (art. 848). Parece claro que los descendientes que no sean legitimarios, no tienen derecho alguno a la legítima estricta; y, tampoco, por supuesto, al gravamen de la legítima estricta de otros.

La peculiaridad consiste en que el testador, a partir de la reforma introducida por la Ley 41/2003, puede aplazar el disfrute de los bienes que por legítima estricta le correspondan a ciertos descendientes, concretamente a los designados como fideicomisarios; ello en beneficio de los hijos o descendientes designados fiduciarios. Sin embargo, el testador, si bien puede hacer lo anterior, no puede ampliar el grupo de beneficiarios de la legítima estricta, la cual tiene que ser distribuida por partes iguales, aún con la salvedad prevista en el artículo 808.3, entre las personas designadas en la ley.

De todas formas, hay que destacar que la doctrina no es unánime en cuanto a que el fiduciario tenga que ser necesariamente legitimario.

Entre los autores que consideran que el fiduciario no tiene que ser necesariamente legitimario podemos destacar a MARTÍN MELENDEZ[181], que entre otros argumentos dice **"**¿es necesario para ser fiduciario que el descendiente incapacitado sea también legitimario? En nuestra opinión no, de modo que puede ser fiduciario el nieto incapacitado aunque viva su padre y sea capaz de aceptar. Para ello nos basamos en dos razones: 1.Como la constitución de una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, supone para el fiduciario una mejora, habrá que aplicar la doctrina relativa a la misma, siendo claramente mayoritaria la postura que entiende que puede mejorarse a los nietos viviendo sus padres. 2. Los a. 782, 808, p.3 y 813 C.c., se refieren expresamente a los fiduciarios como "hijos o descendientes", expresión a la que hay que dar el mismo significado que cuando es utilizada en otros artículos establecidos en sede de legítima, concretamente en los a. 808, p. 2 y 824 C.c., cual es entender incluidos indistintamente hijos, nietos y demás descendientes del causante, sin necesidad de que hayan fallecido o sean incapaces de suceder los descendientes intermedios, lo que resulta mucho más claro desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a través de la cual se sustituye la expresión "hijos y descendientes" del a. 808, p. 2 C.c., por la actual "hijos o descendientes"."

[181] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.72 y siguientes.

Entre otros autores[182], tampoco considera necesario que el fiduciario tenga que ser necesariamente legitimario, GÓMEZ

[182] Entre otros autores que opinan que el fiduciario no tiene que ser necesariamente legitimario, podemos mencionar a PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados", op. cit., pág. 693, que indica que "la nueva redacción del art. 808 deja claro que serán fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. En uso de esta facultad, el padre podrá dejar toda la herencia a uno de sus hijos o, lo que es más grave, a uno de sus nietos o ulteriores descendientes viviendo los intermedios. Es decir, podrá convertir en legitimarios a los nietos cuando los padres viven y tienen capacidad para heredar, lo que supone un cambio radical en la estructura de las legitimas, en la que, como en la sucesión intestada, el pariente más próximo excluye al más remoto".

En el mismo sentido parece decantarse POUS DE LA FLOR. M. P., "Reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, y el sistema de legítima", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI, Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia, Madrid 27-29 Junio 2005,* Director: Lasarte Ávarez, C., Coeditan: IDADFE- UNED- EL DERECHO EDITORES, Madrid, octubre 2.006, pág. 693, que dice " La nueva redacción otorgada al artículo 808 del Código civil determina como sujetos beneficiarios de la sustitución fideicomisaria *a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.* Surge la duda de si el gravamen puede beneficiar a un nieto, conforme al tenor literal de esta novedosa redacción que menciona a los descendientes, podría entenderse que sí cabría establecer una sustitución fideicomisaria en beneficio de un nieto judicialmente incapacitado".

Dentro de esta corriente doctrinal, también podemos destacar a RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", op. cit. pág. 2005, que dice "no es preciso que el fiduciario sea legitimario, lo que incluye dentro de la protección de la norma a los descendientes cuando en el momento del fallecimiento del causante vivan sus padres, abuelos y bisabuelos que sean legitimarios"; NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", op. cit., pág. 145, afirma que "teniendo en cuenta que la reforma legal no ha hecho sino aproximar funcionalmente la legítima estricta a la mejora, conservando su naturaleza jurídica pero permitiendo su utilización provisional con fines de mejora, se entiende que la expresión ' hijos o descendientes' sea interpretada en el mismo sentido que en materia de mejora, esto es, permitiendo su atribución a los nietos del causante, pese a no ser legitimarios por vivir y poder suceder el descendiente intermedio"; FUENTESECA DEGENEFE, C., "Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", op.cit, pág. 1748, señala que "otro aspecto llamativo de la nueva redacción del art. 782 radica en que se beneficia a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Surge así la cuestión de si el gravamen puede beneficiar a un nieto. Conforme al tenor literal de esta novedosa redacción el art. 782 que menciona a los descendientes, podría entenderse que sí cabría establecer una sustitución

GÁLLIGO[183] que dice que "no es necesario para beneficiar a los nietos y demás descendientes, designándoles fiduciario, que el hijo –padre o madre del nieto favorecido- esté premuerto o sea incapaz de aceptar la herencia. Debe seguirse aquí la misma interpretación doctrinal y jurisprudencial que se hace de la regulación de la mejora en el artículo 823 del Código civil".

Por último, dentro de los autores que no consideran necesario que el fiduciario sea legitimario, vamos a destacar a BOTELLO HERMOSA[184], que, entre otros argumentos para fundamentar su posición, señala que "…de haber sido la intención del legislador favorecer, únicamente, a los descendientes legitimarios como posibles fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial debería haberlo especificado, tal como hizo en el siguiente párrafo – de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003- en relación con los posibles beneficiarios del derecho de habitación.

Por todo ello, consideramos que no hay ninguna duda de que beneficiarios de la figura especial introducida por LPPD son tantos los hijos como los descendientes incapacitados judicialmente del testador, con independencia de que sean o no legitimarios de éste".

Por el contrario, importantes autores se decantan claramente porque el fiduciario tiene que ser necesariamente legitimario; entre

---

fideicomisaria en beneficio de un nieto judicialmente incapacitado"; COBACHO GÓMEZ, J.A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el Derecho de sucesiones; cuestiones actuales y perspectivas de futuro, op. cit.*, pág. 364, escribe que "el fiduciario puede no ser legitimario cuando se constituye el fideicomiso porque un abuelo puede, viviendo su hijo, nombrar fiduciario a un nieto que esté judicialmente incapacitado".

[183] Vid.: GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op.cit., pág. 17.

[184] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit., pág. 112.

ellos, podemos destacar al profesor ALBALADEJO[185], cuando afirma "...que han de ser legitimarios los descendientes incapacitados del testador que pueden ser nombrados fiduciarios de las legitimas estrictas de los demás legitimarios, lo es por la sencilla razón de que los descendientes que no sean legitimarios, no pueden tener derecho alguno a legítima y menos a gravamen de la legítima estricta de otros".

De la misma opinión es el profesor LASARTE [186] que indica que "debemos observar finalmente en este punto que tanto los trabajos preparatorios de la Ley cuanto el tenor literal de los artículos transcritos ponen de manifiesto que indudablemente el gravamen del tercio de legítima estricta sólo es admisible en beneficio de un legitimario descendiente que no sólo sea una persona con discapacidad, sino que se requiere que haya sido judicialmente incapacitada en sentido técnico,…".

En el mismo sentido de que el fiduciario tiene que ser legitimario, se manifiesta, entre otros[187], el profesor SERRANO

---

[185] Vid.: ALBALADEJO GARCIA, M., "A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás", *Anales. Real Academia de Jurisprudencia y legislación,* Núm. 37, 2007, pág. 173.

[186] Vid.: LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil,* tomo séptimo, op. cit., pág. 110.

[187] Entre otros autores que opinan que el fiduciario tiene que ser legitimario podemos destacar a ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado,* Núm. 53, Enero-Marzo, 2005, pág.138, que dice que **"**en la norma se aprecia con claridad otro requisito subjetivo, que es la exigencia que el sujeto incapacitado sea colegitimario: "Todas las personas afectadas por la sustitución, tanto fiduciario como fideicomisarios, [tienen] que pertenecer al grupo de legitimarios efectivos...conclusión a la que se llega no sólo por la expresión que utiliza el legislador ("coherederos forzosos"), sino también porque, como ya se ha apuntado, el tercio de legítima tiene unos destinatarios predeterminados". En particular esto debe significar que el abuelo no puede atribuir al nieto, *patre vivente,* los beneficios que la norma prevé, lo cual es

lógico y debe estimarse acertado, porque para atender a esta posibilidad ya está la mejora y el tercio libre, que sí se podrían atribuir a ese nieto incapacitado (como a cualquier nieto)".

En el mismo sentido se manifiesta DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op.cit., pág. 2105, que dice que "recayendo el fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta, y no diciendo lo contrario el art. 808, está claro que para que pueda constituirse dicho fideicomiso a favor de un nieto o descendiente ulterior éste deberá tener la condición de legitimario (es decir de sucesor con derecho a legítima estricta) lo que solamente se producirá cuando su progenitor hubiera fallecido antes que el testador, o bien fuese indigno, o hubiese sido desheredado por éste". En la nota 23 de esa misma pág. 2105, añade la cita profesora que "ya supone un gravamen importante que se pueda imponer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de uno de los legitimarios descendientes con derecho a ella. Para que pudiera establecerse a favor de descendientes no legitimarios habría de haberse dicho de forma indubitada, igual que queda claro que viviendo los hijos es posible mejorar a los nietos".

También se manifiestan a favor de que el fiduciario se legitimario RIPOL SOLER, A., "La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.c.: Fideicomiso de residuo", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, nº 114, 2005, págs. 824 y 825, que señala que el "beneficiario de la nueva disposición podrá serlo no sólo el hijo del testador sino también su nieto, hijo de padre premuerto, aunque concurra con otros hijos del testador"; RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones. Común y Foral.* Tomo II, 4ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pág. 1477, cuando afirma que " el abuelo no puede atribuir al nieto, viviendo su padre intermedio (en este supuesto el nieto no es legitimario de su abuelo), los beneficios que prevé el artículo 808.3, pues el gravamen solamente parece que tiene sentido en los casos en que concurran legitimarios del mismo grado, lo que aparecerá cuando el llamamiento se haga al nieto por derecho de representación, ya que en este caso ya se ha producido la premoriencia del padre intermedio y en consecuencia el nieto es legitimario del abuelo"; y COSTA RODAL, L., "Tema VII. Las sustituciones", *Derecho de Sucesiones,* coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 373, que escribe "ahora bien, una cuestión debatida es la de si es necesario que el descendeinte incapacitado ostene la condición de legitimario. Es decir, si viviendo todos los hijos del testador y siendo todos ellos capaces para heredar, puede ostentar la condición de fiduciario sobre el tercio de legítima estricta un nieto incapacitado del testador (que, como es obvio, no es legitimario). Aunque la cuestión es discutible, creo que los nietos incapacitados sólo pueden ser beneficiados por esta específica sustitución fideicomisaria si ostenta la condición de legitimario (junto con sus hermanos, primos o tíos, según los casos)."

GARCÍA[188], quien afirma que **"**teniendo en cuenta todos los preceptos del Código en materia de sustituciones, vemos que la estudiada es una excepcional, rigiendo, fuera de la excepción, las norma que impiden gravar cuantitativa y cualitativamente la legítima, y también puede considerarse la norma que se contiene en el mismo precepto al final (782) cuando señala que las sustituciones que "recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrá hacerse a favor de los descendientes". Quiere decir el Código, a lo que entiendo, que la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de los descendientes, viviendo el padre, sólo se puede hacer respecto del segundo tercio, pero nunca respecto del primero. Y hay que tener siempre en cuenta que la reglas generales siguen vigentes, y que sólo cabe gravar cualitativamente la legítima en caso de un incapacitado legitimario estricto y el nieto viviendo el padre (aunque sea incapaz), no lo es.**"**

Por último, dentro de los autores que consideran necesario que el fiduciario sea legitimario, vamos a destacar a RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN[189] que argumenta que **"**… hay que tener presente que el tercio de legítima, que es de distribución igualitaria a menos que opere el derecho de representación (v. art. 926 del CC), tiene unos destinatarios predeterminados en la ley a quienes no se les puede privar de sus derechos sino mediante desheredación fundada en causa legal (v. art.848). Esto hace que todas las personas afectadas por la sustitución, tanto fiduciario como fideicomisarios, tengan que pertenecer al grupo de legitimarios efectivos: fiduciarios, como aclara el nuevo apartado 3º del art. 808,

[188] Vid.: SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 469.
[189] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 362.

serán “hijos o descendientes judicialmente incapacitados” y fideicomisarios, “los coherederos forzosos”; es decir, los que son colegitimarios juntamente con el fiduciario. Más allá de a estos otros “coherederos forzosos” no se puede extender el gravamen que representa la sustitución fideicomisaria, conclusión a la que se llega no sólo por la expresión que utiliza el legislador (“coherederos forzosos”), sino también porque, como ya se ha apuntado, el tercio de legítima tiene unos destinatarios predeterminados”.

En conclusión, teniendo en cuenta los argumentos estudiados y tal como antes señalamos, pensamos que en la sustitución fideicomisaria a que se refiere el nuevo artículo 808.3, el fiduciario tiene que ser necesariamente legitimario. Como se sabe, el tercio de legítima estricta tiene unos destinatarios predeterminados en el Código civil a quienes no se les puede privar de sus derechos sino mediante desheredación fundada en causa legal (art. 848). En consecuencia, se puede afirmar que los descendientes que no sean legitimarios, no tienen derecho alguno a la legítima estricta; y, tampoco, por supuesto, a ser fiduciarios en una sustitución fideicomisaria que grave la legítima estricta de los que sí son legitimarios.

3.2.2. El Fiduciario conforme a la Ley 8/2021: novedades

a) El fiduciario debe ser un hijo del testador en situación de discapacidad

En primer lugar, hay que resaltar que fiduciario que ya no será un incapacitado judicialmente, sino una persona con discapacidad; concretamente un hijo con discapacidad. Como ya hemos dicho más arriba, para precisar el significado de “discapacidad”, a efectos de los artículos 782 y 808, tenemos que acudir a la Disposición

Adicional cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006.

A diferencia de la regulación contenida en Ley 41/2003, en la que era posible favorecer a un descendiente que estuviese judicialmente incapacitado, la Ley 8/2021 excluye expresamente a los descendientes del testador que no tengan la condición de legitimario de aquél, ya que solo podrá otorgarse a favor de los hijos con discapacidad.

El actual párrafo cuarto del artículo 808 CC comienza haciendo referencia a “alguno o varios de los legitimarios que se encontraren en una situación de discapacidad, y sigue con ”lo así recibido por el hijo beneficiado”. Por ello, se puede entender que el término “legitimario” se identifica con el de “hijo” y no con el resto de descendientes (por ejemplo, nietos). Por otro lado, el artículo 782 CC limita claramente el alcance del articulo 808, cuando dispone que el establecimiento del fideicomiso sólo podrá hacerse “en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en situación de discapacidad”[190]. Es decir, existe una importante diferencia entre los legitimarios que estando en situación de discapacidad, sean hijos del testador, y aquellos otros que sean descendientes de un grado ulterior.

En definitiva, se acotan los posibles beneficiarios del establecimiento del fideicomiso, limitándolos a los hijos con

[190] En ese sentido, PLANAS BALLVÉ, M., “La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, núm.3 (julio-septiembre, 2022), pág. 437.

discapacidad del testador. Es decir, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá ser favorecido con el establecimiento del fideicomiso, aunque se encuentre en una situación de discapacidad.

Según la profesora PLANAS BALLVÉ[191], "esta limitación del tercio de legítima estricta tiene su fundamento en la decisión del legislador de ofrecer una mayor protección de descendientes inmediatos, los hijos, y no de los de grado ulterior, los nietos".

Una cuestión que se puede plantear es que el testador tenga varios hijos en situación de discapacidad y otros que no estén en dicha situación. Si decide constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, ¿podrá ser fiduciario uno sólo o deberán ser fiduciarios todos los hijos en situación de discapacidad?

El texto de la Ley 8/2021 no resuelve de forma clara esta cuestión.

Nosotros entendemos que el testador estará facultado para decidir libremente a qué hijo en situación de discapacidad designa como fiduciario, siempre y cuando, dicha decisión no vaya en perjuicio del resto de hijos que también se encuentren en dicha situación. Es decir, en otras palabras, los hijos en situación de discapacidad que no hayan sido instituidos como fiduciarios, tampoco podrán jamás ostentar la condición de fideicomisario en la sustitución fideicomisaria del artículo 808 C.C., por lo que se llega a la conclusión de que, o son fiduciarios, o no pueden formar parte de la dicha sustitución fideicomisaria. Esta es también la opinión de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[192], quien afirma que "lo que

[191] Vid. PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op. cit., pág. 437.

[192] Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer

parece claro es que no sería posible gravar la legítima de un hijo con discapacidad a favor de otro hijo en la misma situación, por los términos en que se expresa el art. 808".

En conclusión, nosotros pensamos que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es una facultad del causante cuando tiene hijos en situación de discapacidad, y por tanto, puede utilizarla o no, libremente; igualmente puede utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos. Lo que no puede el causante es nombrar fideicomisario a ninguno de sus hijos en situación de discapacidad; estos o son fiduciarios o no pueden formar parte de la sustitución fideicomisaria regulada en la Ley 8/2021.

b) ¿Cuándo es necesario que el fiduciario se encuentre en situación de discapacidad?

Otra cuestión que debemos plantearnos es la de en qué momento es necesario que el fiduciario esté en situación de discapacidad.

Como ya comentamos más arriba, al hilo de la Ley 41/2003, según dispone el artículo 758.1 del Código civil, "para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate". En consecuencia,

---

lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 942. Sobre este tema escribe, también, la citada profesora que "no resuelve taxativamente el texto si podría emplearse por el testador para uno sólo de sus hijos en el caso de tener dos o más que presenten la discapacidad requerida, lo que en principio parecería quedar a su voluntad. Aunque, de la inspiración que se trasluce indirectamente de la letra de los textos, pudiera parecer que sólo se querría como sujeto al legitimario necesitado de sustento económico, no es algo que resulte claro, sino que, al contrario, tras las varias versiones del texto, propiciadas por sucesivas enmiendas, la letra vigente al mencionar <<uno o varios hijos>> o <<algunos o varios de los legitimarios>> parece propiciar una posibilidad de elección por el testador y no una imposición al mismo"

parece que lo ideal es que la resolución que declare la situación de discapacidad del fiduciario ha de haberse producido ya en el momento de la muerte del testador fideicomitente. No es necesario que, cuando el causante otorga testamento, el fiduciario haya sido ya declarado en situación de discapacidad, siempre que lo esté al abrirse la sucesión.

Ese es el parecer, también, de la profesora DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ[193], quien afirma "entiendo que la discapacidad y porcentaje, o grado de dependencia, deben ser acreditados conforme a las correspondientes resoluciones administrativas, y ser requeridas en el momento de la apertura de la sucesión. Evidentemente, para adoptar una decisión como ésta la circunstancia de tener un hijo con discapacidad ya deberá estar presente, pero hasta que muera el causante no creo necesario exigir el documento administrativo. A pesar de que en el Preámbulo de la norma se afirma que las medidas de apoyo son independientes del reconocimiento administrativo, tal criterio no parece haberse seguido aquí, por lo que considero que tal requisito resulta imprescindible, no pudiendo obviarse ni sustituirse (por

[193] Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 941. La citada profesora también afirma "considero complejo que pudiera admitirse una disposición condicional por parte del testador que se refiriere a una hipotética presencia de discapacidad en un momento posterior (a modo de fideicomiso condicional), pues no podemos olvidar que nos movemos en el ámbito de las legitimas donde no se admiten condiciones. Por otra parte, al haberse ampliado extraordinariamente el ámbito de aplicación del precepto sería hasta cierto punto frecuente que, teniendo en cuenta el aumento de esperanza de vida presente en la actualidad, existieran personas con discapacidades, especialmente físicas o sensoriales, por el mero transcurso del tiempo, debiendo en mi opinión rechazarse tal posibilidad, pues el fiduciario como tal debe existir en el momento de apertura de la sucesión, y si no es persona con discapacidad en tal tiempo no surgiría la sustitución fideicomisaria."

ejemplo, aportando informes psicosociales que se alejen del criterio médico); con la única excepción de que exista una provisión judicial de medidas de apoyo que, en mi opinión, debería considerarse equivalente a la declaración administrativa. No obstante, para evitar problemas, sería conveniente tener el documento de porcentaje de discapacidad o grado de dependencia en el momento de apertura de la sucesión".

Ahora bien, para que surta efecto la sustitución fideicomisaria es imprescindible que la situación de discapacidad se mantenga al tiempo de la apertura de la sucesión. Si la situación de discapacidad (a pesar de ser tendencialmente permanente) termina antes del fallecimiento del testador, desaparece la causa (*conditio iuris)* que le habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, quedaría sin efecto, por faltar el presupuesto que permite su establecimiento, según el artículo 808 CC.

Una cuestión que se puede plantear es la relativa a qué sucede si cuando se abre la sucesión ha comenzado el expediente administrativo para la declaración de persona en situación de discapacidad pero todavía no ha recaído resolución en la que se declare al hijo en dicha situación. Parece razonable estimar que en este caso debería ser eficaz el fideicomiso siempre que el procedimiento iniciado terminara con la declaración de situación de discapacidad del fiduciario. Al igual de lo que dijimos respecto de la regulación de la Ley 41/2003 sobre el fiduciario incapacitado, un argumento que puede servir para apoyar esa tesis es la aplicación analógica del criterio establecido en el artículo 758.2, que para los casos de indignidad para suceder del artículo 756, nº 2 y 3, establece que para calificar la capacidad del heredero o legatario "se esperará a que se dicte la sentencia firme"; hasta que concluya

el procedimiento iniciado y se dicte resolución, la herencia deberá ser puesta en administración.

Otra cuestión que el artículo 808 no menciona y que puede plantearse es que el hijo con discapacidad que es fiduciario recupere sus facultades y deje de estar en dicha situación.[194]

Sobre ese supuesto tenemos que decir que el fideicomiso del nuevo artículo 808 está sometido a una condición esencial, la condición de que el fiduciario se encuentre en situación de discapacidad; y es una "conditio iuris". Por tanto, si el fiduciario deja de estar en situación de discapacidad, la condición, que si no se cumple no permite crear el fideicomiso, si una vez creado deja de cumplirse tiene efectos resolutorios sobre el fideicomiso. Al desaparecer el fideicomiso, los bienes que lo componían recuperan totalmente su naturaleza esencial: vuelven a ser, ya sin gravamen, tercio de legítima estricta de la herencia del testador. En consecuencia, nosotros entendemos que todo el tercio de legítima estricta, ya sin fideicomiso, corresponde por partes iguales al anterior fiduciario y a sus hermanos, que fueron fideicomisarios.

Esa es también la opinión de PLANAS BALLVÉ[195], quien afirma que "por ello, si el hijo con discapacidad que es beneficiario

[194]Sobre esta cuestión, escribe DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 952, que "el supuesto puede plantearse ahora con mayor frecuencia, pues si bien es poco habitual -que no imposible-, la recuperación de la aptitud psíquica por alguien que estuviera incapacitado tras el correspondiente procedimiento como sucedía hasta el momento, la disminución de porcentajes de discapacidad o de situaciones de dependencia mediante técnicas quirúrgicas, rehabilitadoras, de reinserción, tratamientos especializados o simplemente farmacológicos es una realidad, afortunadamente, presente cada vez más en la sociedad".

[195] PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 441.

de esta sustitución sobre el derecho a la legítima estricta pierde tal condición, es decir, desaparece el presupuesto legal para ser beneficiario requerido por la norma, se disiparía el gravamen: los bienes afectados revertirán a los fideicomisarios coherederos legitimarios."

Por su parte, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ[196] difiere en parte de la postura anterior y dice que "en mi opinión en tales casos debería quedar sin efecto la sustitución, lo que plantearía no pocos problemas al tener que rehacerse la sucesión del fideicomitente -para lo que podría ayudar las previsiones del testador o algunas instituciones hereditarias- según cuales sean las circunstancias particulares del caso, no pareciendo posible entender que los bienes pasaran al fideicomisario directamente".

3.2.3 Contenido de la posición jurídica de fiduciario

Derechos y Obligaciones

En este tema tenemos que destacar el fundamental artículo 783.2 del Código civil: "El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador hay dispuesto otra cosa"[197]. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN[198] señalan que "hoy está totalmente abandonada la tesis de la equiparación entre el fiduciario y el usufructuario en la doctrina

[196] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op. cit, pág. 952.

[197] En opinión de DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op.cit., pág.100, "el laconismo de este precepto no puede ser mayor, y deja prácticamente sin regulación la posición jurídica del fiduciario en el Código civil".

[198] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit, pág.100.

y en la jurisprudencia (S. de 22 de diciembre de 1920 y 20 de octubre de 1954), que había seguido el artículo 638 del Proyecto de 1851. Es evidente que el Código se apartó de ella, pues le concede en el artículo 783 la facultad de hacer mejoras con derecho a reclamar su importe, lo que no hace con el usufructuario (vid. Art.487). Además, es un heredero según el Código civil, cualidad que nunca puede ostentar el que es llamado sólo al usufructo al no haber sucesión en la misma posición jurídica del causante, pues era propietario pleno. No es un derecho real que se cree por la sucesión como el usufructo"[199].

Por tanto, para determinar los derechos y deberes del fiduciario habrá que estar a la voluntad del causante siempre que no vulnere normas imperativas, entre la que hay que destacar aquellas que tiendan a proteger el derecho de los fideicomisarios a su legítima.

A) Posición jurídica de fiduciario conforme a la Ley 41/2003

DERECHOS

El fiduciario es dueño de los bienes y derechos fideicomitidos y tiene las facultades que le corresponden como tal, pero teniendo

[199] Por su parte, MONTÉS PENADÉS, V., "La sustitución fideicomisaria", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit, pág. 190, señala que "el fiduciario es un heredero y por tanto un propietario de los bienes sujetos a sustitución. Ahora bien, pese a su carácter de propietario, está sometido a las limitaciones que nacen del hecho de que ha de conservarlos para transmitirlos. No es pues, un usufructuario. Pero el Código civil es parco en extremo al respecto, pues sólo el art. 783-2º señala que está obligado a entregar sin otras deducciones que la que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras. La equiparación de fiduciario con usufructuario es hoy una tesis totalmente abandonada, aun cuando no dejen de presentar ambas posiciones ciertas semejanzas". Y continúa diciendo: "No obstante, el fiduciario tiene una gran limitación, que es lo que le hace aproximarse al usufructuario, y esta es la limitación de la libertad de disposición. Limitación que es consecuencia de la obligación de conservar y, además responde personalmente del cumplimiento de sus obligaciones. Por eso le son aplicables ciertas normas del usufructo…."

en cuenta su obligación de restituirlos cuando opere la sustitución. Por este motivo, tales bienes y derechos constituirán un patrimonio separado[200]. Como bien señala GÓMEZ GÁLLIGO[201], tratándose de hijos o descendientes discapacitados y judicialmente incapacitados, pueden concurrir hasta cuatro patrimonios distintos:

a) El patrimonio ordinario del incapacitado, gobernado por los padres, tutor o curador del incapaz.
b) El patrimonio protegido constituido al amparo de la Ley 41/2003, administrado por la persona designada en el documento público de constitución.
c) Bienes determinados adquiridos por el incapacitado a título gratuito, en cuyo caso su administración corresponde al administrador de los bienes designado por el testador sobre los bienes dados en herencia o legado (el artículo 164.1 del Código civil exige estar a los dispuesto por el disponente en orden a la administración de los bienes cuando se trata de disposiciones a título gratuito).
d) Bienes adquiridos por el incapacitado en concepto de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos que tienen el carácter de fideicomisarios. La representación legal del incapacitado respecto de estos bienes estará determinada por lo dispuesto por el testador, y en su defecto la llevará acabo el tutor del incapacitado.

[200] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 109.
[201] Vid.: GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op.cit., pág. 26.

En todo caso deberá buscarse, en interés del discapacitado judicialmente incapacitado, que estas personas (administradores de los distintos patrimonios, en su caso) que potencialmente pueden ser distintas, sean una sola. Esto deberá buscarlo el testador o en su defecto el juez a la hora de designar tutor de la persona o bienes del incapacitado.

En relación a los derechos que le corresponden al fiduciario, hay que decir que tanto éste (a través de su representante legal) como cualquiera de los fideicomisarios, siempre que sean herederos o legatarios de parte alícuota – si se admite que puedan serlo- (art. 782.1 L.E.C.), pueden pedir que se realice la partición de la herencia[202](art. 1052 C.c.), y por tanto que se fije la cuantía y la composición de los lotes constitutivos de la legítima. En la escritura de partición debe comparecer el fiduciario a través de su representante legal, o sea, de sus padres, tutor o curador. Si el representante legal tiene algún conflicto de intereses con el incapacitado, deberá designársele un defensor judicial (art. 299 C.C.).

La inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles a nombre del fiduciario se realizará en virtud de la escritura de partición de herencia acompañada del testamento donde conste la sustitución (art. 14 L.H. y 80 R.H.), la cual se hará

[202] Vid.: REVERTE NAVARRO, A., "Reflexiones sobre la legítima en el Código civil", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 4162 y 4164, dice que el legitimario por su condición de tal, no está legitimado para pedir la partición de la herencia sino que ha de ser heredero o legatario de parte alícuota, tal y como exige el artículo 782.1 de la L.E.C., lo cual ha de tenerse en cuenta en el caso de que el fiduciario sea legitimario.

constar literalmente en la inscripción (art. 51, regla 6ª y art. 82 R.H.), sin que sea necesaria la intervención de los fideicomisarios [203].

Por ser propietario, aunque sea temporal, al fiduciario le corresponde la posesión y el goce y disfrute de los bienes relictos, así como la posibilidad de reivindicarlos de quien los posea (art. 348 C.C.). Como sabemos, en relación a los bienes y derechos del caudal relicto el fiduciario tiene el deber de restitución. No ocurre así respecto a los frutos de aquellos ya que el fiduciario es dueño definitivo, debiendo aplicarse los artículos 451 y 452 del Código civil. Conforme al primero resulta que el fiduciario tiene derecho a los frutos percibidos hasta que se produzca la sustitución, entendiéndose "percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan", mientras que los "civiles se consideran producidos por días" y pertenecen al fiduciario en esa proporción. Según el artículo 452 C.C., en cuanto a los frutos naturales o industriales pendientes, el fiduciario tendrá "derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión".

En lo que se refiere a la facultad de disposición, hay que destacar que el fiduciario –aunque sea a través de su representante legal- no la tiene con carácter general si pretende disponer de forma definitiva de los bienes fideicomitidos, ya que, como sabemos, tiene la obligación de conservar dichos bienes para los

[203] Vid.: GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., págs. 19 y 20; y "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* op.cit., pág. 154.

fideicomisarios. Si contase con el consentimiento de éstos no habría ningún problema para realizar actos de disposición sobre los citados bienes.

Aun sin contar con el consentimiento de los fideicomisarios, el fiduciario -o su representante legal- sí tiene facultad de disposición sobre los bienes fideicomitidos, siempre que los efectos de tal disposición queden sometidos a la duración del fideicomiso; ahora bien, según los casos, su representante necesitará autorización judicial (arts. 166 y 271 C.C.), o, el fiduciario mismo, asentimiento del curador (art. 290 C.C.). De todos modos, el tercero de buena fe que ignorase la existencia del fideicomiso, quedará protegido en su adquisición frente a los fideicomisarios por los artículos 464 C.C. (si se tratase de un bien mueble) y 34 L.H. (si era un bien inmueble). Esta facultad de disposición, se deduce, en general, del artículo 82, último párrafo, del Reglamento Hipotecario y 107, nº 10 de la Ley Hipotecaria[204].

Cabe plantearse si el causante podría establecer un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta. Ello supondría que el fideicomitente dispensaría al fiduciario, en todo o en parte, del deber de conservar, de modo que éste podría disponer por sí solo de los bienes fideicomitidos de forma definitiva, con lo que el fiduciario sólo entregaría los bienes que restaran (el residuo) en el momento de la restitución. La doctrina y la jurisprudencia admiten, en general, en nuestro Derecho la licitud del fideicomiso de residuo, que se puede deducir del artículo 783 del Código civil. Ahora bien, cuando el fideicomiso grava la legítima estricta, pensamos que no

[204] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 114 y 115.

es admisible que aquel sea de residuo[205], ya que ello supondría poder privar de forma definitiva a los legitimarios de su legítima, vulnerándose así el principio de intangibilidad cuantitativa de ésta, no sólo el de intangibilidad cualitativa. Obsérvese que el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima sigue vigente ya que el

[205] En contra: PEREÑA VICENTE, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", Diario La Ley, nº 55957, 18 de febrero de 2004, pág., 2; PEREÑA VICENTE, M., A*sistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil,* Ed. Dykinson, Madrid, 2006, págs. 121,122 y 135; RAGEL SÁNCHEZ , L.F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", op.cit., pág. 2009, que sólo lo admite si es para caso de necesidad constatada del fiduciario; CABEZUELO ARENAS, A. L., "Breve reflexión sobre la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, vol. I,* Coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 602, que entiende que hay que admitirlo porque el fideicomiso de residuo participa de la naturaleza de las sustituciones fideicomisarias y el legislador no ha introducido distinción alguna a la hora de regular esta nueva solución".

Por el contrario, entienden que no es admisible que el fideicomiso sea de residuo: GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., pág. 24 y "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* op.cit., pág. 160; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., pág.133; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., pág. 200, el cual entiende que el testador podría permitir la enajenación de los bienes fideicomitidos por el fiduciario en casos de utilidad, disponiendo que en tal caso actuará de forma estricta el principio de subrogación real; HERRERO OVIEDO, M., "Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado", *La protección jurídica del incapacitado,* op.cit., pág. 292. Por su parte, RIVERA ÁLVAREZ, J. Mª., "La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, pág. 4.204, escribe que "…tanto en la Ley como en su Exposición de Motivos hablan de dicha posibilidad como de "un gravamen o carga" a la legítima. De dicha consideración se debe concluir que no podrá afectar una cláusula de residuo a la legítima estricta de tal modo que suponga la pérdida de los derechos legitimarios por cuanto supondría considerar ésta como una expectativa de derecho y no como un derecho propiamente dicho."

artículo 813.1 no ha sido modificado; sólo ha sido modificado el párrafo segundo del citado artículo, referido a la intangibilidad cualitativa de aquella[206].

También se puede alegar en contra de la admisión de que el fideicomiso sea de residuo -en el supuesto que estudiamos- el que ello supondría una causa de desheredación no recogida expresamente por la ley; y el artículo 848 del Código civil dice claramente que "la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley"[207].

---

[206] En ese sentido MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 116, que, además de ese argumento para no admitir el fideicomiso de residuo, añade otro: "…en nuestra hipótesis no se da el presupuesto preciso para que la sustitución fideicomisaria pueda ser de residuo cual es en palabras de ALBALADEJO, recaer "sobre la parte de la herencia de la que el fideicomitente puede disponer libremente. De manera que pudiendo dejarla a quien quiera lo mismo con el gravamen de la sustitución que sin él, también puede dejársela con tal gravamen, pero relevando sin límite (ya que podría dejársela sin dicho gravamen) del deber de conservar". Es decir, el requisito previo para que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria de residuo es que pudiera disponer libremente de la parte de la herencia objeto de la misma y atribuírsela al fiduciario con el gravamen de la sustitución o sin él, lo cual no se da en el supuesto en estudio,…."; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, pág. 463, indica "…tengo que mostrarme contrario a esta solución, porque la posibilidad nueva de los artículos 782, 803 y 813 es de interpretación restrictiva, siguiendo en vigor el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima." Si bien, añade a continuación en la misma página citada: "una cuestión es la disposición de bienes fideicomitidos, que puede ser posible, pero jugando la subrogación real, de forma que los bienes que entren en el patrimonio en el lugar de los enajenados, pasarán a tener la misma condición que los que han salido (es decir, sujetos a la obligación de *conservar y transmitir)".*

[207] En ese sentido, DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op.cit., pág. 2106; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, pág. 465.

En definitiva, pensamos que no es admisible el fideicomiso de residuo y que el fiduciario sólo podrá disponer de los bienes fideicomitidos de forma definitiva, es decir, en concepto de libres, si cuenta con el consentimiento de los sustitutos fideicomisarios.

En lo que se refiere a las facultades de administración y gestión, dentro de las que le corresponden**,** el fiduciario puede hacer contratos sobre los bienes fideicomitidos, si bien lógicamente, se extinguirán, como regla general, cuando el fiduciario pierda su condición de heredero. Como el gravamen tiene acceso al registro de la propiedad, la publicidad registral salvaguarda el interés de los terceros que contraten con el fiduciario[208].

Especial dificultad plantea la resolución de los contratos de arrendamientos rústicos o urbanos constituidos por el fiduciario y sujetos al Código civil o a las Leyes de Arrendamientos Rústicos o Urbanos.

En los arrendamientos sujetos al Código civil no hay ninguna excepción a la extinción por resolución del derecho del arrendador, aunque, en opinión de DIEZ-PICAZO Y GULLÓN[209], tal vez fuera justo aplicar la solución del artículo 1520.

Los contratos de arrendamientos rústicos celebrados por el fiduciario, sometidos a la Ley de 26 de noviembre de 2003, se resolverán al extinguirse el derecho del fiduciario, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirán hasta que éste concluya; también podrá subsistir durante el tiempo concertado en

---

[208] Vid.: DÍAZ ALABART, S, "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), op. cit., pág. 265; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.118.

[209] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.102.

el correspondiente contrato, cuando éste excediere de la duración de aquel derecho, si a su otorgamiento hubiese concurrido el fideicomisario (artículo 10, que se aplica en tanto que el fiduciario tiene un "análogo", por lo menos, derecho de goce al del usufructuario; Sentencia de 28 de febrero de 1996)[210].

En cuanto a los arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, su artículo 13.2 dispone que los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un derecho de goce análogo sobre el inmueble (aquí podemos incluir al fiduciario), se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley (L.A.U. de 1994). En cambio, si el arrendamiento fuera para uso distinto del de vivienda, en base al artículo 4.3 de la citada L.A.U., habrá que estar ante todo a lo pactado por las partes y supletoriamente al Código civil.

Como se deduce del artículo 783 C.c., el fiduciario puede hacer mejoras en los bienes fideicomitidos, con más razón –puesto que es propietario- que el usufructuario (art. 487 C.c.)[211]; por supuesto, tales mejoras deberán respetar siempre la forma y sustancia de la cosa, como en el usufructo (art. 467 C.c.).

Dentro de las amplias facultades de gestión y administración que le corresponden, el fiduciario podrá enajenar o disponer de los bienes del fideicomiso para atender a la conservación de los bienes

[210] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.102.

[211] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 2, Dirigidos por M. Albaladejo García, 1984, pág. 324; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 118.

fideicomitidos o hacer frente a las cargas o deudas de la herencia[212]. Si no fuera este el caso, el nuevo bien que ocupe el lugar del que pertenecía al fideicomiso también formará parte de éste a través de la subrogación real[213].

También podrá disponer de aquellos cuyo destino sea precisamente su enajenación, o con el fin de evitar su pérdida física (por ejemplo, cuando se trate de bienes perecederos) o económica (caso de la venta de acciones), o consumir los bienes que sean consumibles[214].

---

[212] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 331; DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2112; DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) op. cit., pág. 265.

[213] Vid.: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2112; DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) op. cit., pág. 265.

[214] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.119; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 330; DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op.cit., pág.101, afirman sobre el tema que "…negar al fiduciario poder de disposición en caso de necesidad o utilidad evidente sería perjudicial para los intereses de los futuros titulares de la herencia. De ahí que deba aplicarse por analogía el artículo 186, párrafo 3º, que permite al representante del ausente enajenar bajo aquellos presupuestos y con la preceptiva autorización judicial, que ha de determinar el empleo de la cantidad obtenida. Aunque el fiduciario no puede ser equiparado a un administrador de bienes ajenos como el representante del ausente, no hay duda de que también está conservando unos bienes para otro.

El recurso a la autoridad judicial requiere algunas matizaciones. Es claro que si los fideicomisarios no existen o están indeterminados (p. ej., el testador nombra como tales a sus nietos que vivieren a la muerte del fiduciario), pues no hay quien pueda dar un consentimiento al fiduciario. Pero existiendo o estando perfectamente determinados (p. ej., en las sustituciones fideicomisarias a término, en las que la restitución no está sujeta a ningún condicionamiento), el no contar con su consentimiento no puede ser suplido por la autoridad judicial".

El fiduciario puede cobrar los créditos de la herencia frente a terceros (aplicándose analógicamente el artículo 507 C.C. relativo al usufructo). También puede otorgar la cancelación de la hipoteca que garantizaba los citados créditos (que es un acto de disposición sobre un derecho real hereditario); el ejercicio de esa facultad está subordinado, según el artículo 178.4º del Reglamento Hipotecario, a la inversión del importe del crédito "en valores del Estado, depositados en un establecimiento bancario o Caja oficial a favor de quien pueda tener derecho a tal importe"; esta limitación se debe a que el supuesto que contempla el precepto es el de que no sean conocidos los fideicomisarios, que abarca el de la falta de absoluta determinación de quien puede serlo[215]

El fiduciario también podrá cobrar los créditos que él tenga frente a la herencia sin intervención de los fideicomisarios (art. 783 C.C.: "…sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos….")[216].

En cuanto a los gastos ordinarios (mantenimiento, conservación y obtención de los frutos) y extraordinarios en los bienes del fideicomiso, son aplicables por analogía las normas del

---

Hay que destacar que el artículo 186.3 del C.c. ha sido modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3-Julio-2015), en el sentido de que la autorización al representante del ausente, ahora debe darla el secretario judicial (o Letrado de la administración de justicia) y no el juez, tal como disponía el mencionado artículo antes de su reforma por la ley citada.

[215] Vid., DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.102.

[216] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.120.

usufructo[217]. Los gastos ordinarios son de cuenta del fiduciario puesto que gravan los frutos o rentas (art. 500 C.C.); las reparaciones extraordinarias permitirán al fiduciario exigir al fideicomisario (arts. 501 y 502 C.C.) y en consecuencia, deducir de la herencia (según el art. 783 C.C.) en el momento de la sustitución, el aumento de valor que tuviesen los bienes como consecuencia de las mismas[218].

En lo que se refiere a las deducciones que puede hacer el fiduciario en el momento de la sustitución, como sabemos el artículo 783.2 establece que "el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras….".

Podemos citar entre los "gastos legítimos" el pago de las deudas hereditarias[219], las reparaciones extraordinarias de los bienes del fideicomiso (para el usufructo da una solución semejante el artículo 501 C.C.), los impuestos y arbitrios que gravan el capital[220] o los pagos que habiendo sido satisfecho por el fiduciario

---

[217] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.120; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 307.

[218] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.120; DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) op. cit., pág. 266.

[219] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.100, dicen "entre tantos aspectos que quedan sin regular en la defectuosa normativa legal debe destacarse el de las deudas y cargas de la herencia. Es lógico que en ningún sentido puedan verse perjudicados sus titulares por haber ordenado el testador su sucesión bajo la forma de una sustitución fideicomisaria.

Si el fiduciario ha pagado de su propio patrimonio deudas y cargas hereditarias, es claro que posee ese derecho de detracción del que habla el artículo 783; es un "gasto legítimo" o un "crédito"……"

[220] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.101.

fuesen a cargo del fideicomisario; también las obligaciones contraídas por el fiduciario dentro de una administración regular del patrimonio fideicomitido[221], las cuales no se transmiten al fideicomisario[222]. Los gastos normales de mantenimiento y conservación de los bienes fideicomitidos corresponde soportarlos al fiduciario ya que a él corresponde el disfrute de los mismos[223], como propietario *ad tempus*, de modo que no serán deducibles de la herencia fideicomitida (una solución similar recoge el artículo 500 C.c. para el usufructo).

Entre los "créditos" han de incluirse los que ostentaba el fiduciario contra el causante, con lo que implícitamente se está negando que pueda tener eficacia la confusión como medio extintivo de las obligaciones. Por ese motivo también subsistirán los créditos del causante contra el fiduciario[224].

En cuanto a las deducciones por "mejoras", parecen que son aplicables al fiduciario las normas de la posesión de buena fe[225], según las cuales, tendrá derecho a indemnización de las mejoras útiles (no las de puro lujo o recreo, art. 454 C.C.), pudiendo optar el fideicomisario "por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa" (art. 453.2 C.C.)[226]; así el fiduciario podrá elegir entre retirar estas mejoras, "si

---

[221] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 317.
[222] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.120.
[223] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 324.
[224] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.101.
[225] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.121; DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.100.
[226] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 325 y 326; DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de

fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes" (art.487 C.C.) o la indemnización del artículo 453.2 C.C.[227]. En el supuesto de mejoras de puro lujo o recreo, no habrá derecho a indemnización, pero el fiduciario podrá retirarlas si la cosa "no sufre deterioro" (art. 454 C.C.), siempre que el fideicomisario no prefiera abonar el importe de lo gastado por aquel (art.454 C.C.).

En cuanto al momento en que dichas deducciones pueden hacerse, en nuestra opinión, el artículo 783.2 no lo determina con claridad; en consecuencia, las citadas deducciones podrían hacerse en el momento de restitución de la herencia al fideicomisario[228] o en un momento anterior[229].

Parece razonable que las deducciones se hagan en el momento de restitución de la herencia en los supuestos de fideicomiso a plazo cierto y determinado, en que es el propio fiduciario el que realiza la entrega al fideicomisario y, por tanto puede beneficiarse de aquellas.

Por el contrario, en el supuesto normal de fideicomiso que concluye con el fallecimiento del fiduciario, parece razonable que las deducciones las pueda hacer éste con anterioridad al momento de restitución de la herencia al fideicomisario; así podrá beneficiarse

---

legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) op. cit., pág. 266.

[227] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág. 324.

[228] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.121, considera que el artículo 783 dispone que las deducciones se realicen en el momento de la entrega de los bienes al fideicomisario.

[229] En ese sentido, DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.101, señalan, refiriéndose a las deudas y cargas de la herencia pagadas por el fiduciario de su propio patrimonio, que "…es un "gasto legítimo" o un "crédito", aunque no parece que hasta el momento en que haya de restituir no tenga la posibilidad de cobrarse. El código civil no establece ninguna regla limitativa al respecto, pues la "detracción" lo mismo puede tener lugar al restituir la herencia que antes".

de las deducciones que le correspondan, y que puede necesitar para satisfacer sus necesidades vitales. Parece plausible hacer una interpretación del artículo 783.2 que favorezca al fiduciario incapacitado (parte débil que la Ley 41/2003 quiere beneficiar) y, en consecuencia, en el momento en que la deducción de que se tratase tuviese el carácter de crédito líquido y exigible para el fiduciario, éste podría realizarla, sin perjuicio, claro es, de la rendición de cuentas que haya de practicarse en el momento de la entrega al fideicomisario[230].

[230] En ese sentido, LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., págs. 201 y 202, escribe: "¿Tiene el fiduciario que esperar para realizar esas "deducciones" al momento de la entrega de los bienes a los fideicomisarios? Parece que podría exigirlos antes, puesto que, de lo contrario si el incapacitado fiduciario no tuviese descendientes ni cónyuge legitimarios y no hubiese otorgado testamento nombrando otros herederos (que serían los que pudiesen practicar las deducciones) resultaría que los fideicomisarios (sus hermanos e hijos de hermanos fallecidos) serían sus herederos abintestato, con lo cual confluirían en éstos la cualidad de sujetos activos y pasivos en las deducciones a practicar, extinguiéndose el crédito por confusión, y habiéndose privado a ese fiduciario incapacitado de disponer, en vida, de unas cantidades (las que correspondiesen por las deducciones que tenía derecho a practicar) que quizás hubiese necesitado para satisfacer sus particulares necesidades. Creo por tanto, que, habría que realizar a favor del fiduciario incapacitado (parte débil que la ley quiere beneficiar) una interpretación racional del precepto y, consecuentemente, en el momento en que la deducción de que se tratase tuviese el carácter de crédito líquido y exigible para el fiduciario, éste podría realizarla, sin perjuicio, claro es, de la rendición de cuentas que haya de practicarse en el momento de la entrega. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la jurisprudencia parece seguir otro criterio y así, al interpretar el precepto que ahora se comenta (párrafo segundo del art. 783 CC) el TS, en Sentencia de 25 abril 81, considera que esos gastos legítimos deducibles sólo son reclamables " a la restitución" y así lo entiende el art. 522 CC respecto al usufructo, aunque hay que tener en cuenta una diferencia importante y es que, en materia de usufructo, el usufructuario no tiene derecho a deducción al restituir sino a que en ese momento, se le paguen los gastos y créditos reintegrables según el título de constitución o las disposiciones del CC (arts. 498, 502 párrafo segundo, 510 párrafo primero y 511 entre otros). Por eso precisamente, como garantía de ese pago por el propietario al extinguirse el usufructo, el art. 522 concede al usufructuario un derecho de retención hasta que esos pagos se efectúen, en tanto que la garantía que se ofrece al fiduciario es la de hacerse el pago él mismo deduciendo las cantidades oportunas de los

OBLIGACIONES

Hay que destacar, por su especial importancia, las obligaciones del fiduciario de conservar y restituir a los fideicomisarios los bienes fideicomitidos[231]. En la sustitución fideoicomisaria que estudiamos no cabe exceptuar nunca al fiduciario de tales obligaciones, estableciendo el fideicomiso como de residuo, ya que el objeto sobre el que recae es la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados, que tienen derecho a recibirla en su momento. Por tanto, a diferencia de la sustitución fideicomisaria ordinaria en la que estas obligaciones constituyen elementos naturales de la misma, en la que es objeto de nuestro estudio serán elementos esenciales[232].

El fiduciario tiene la obligación de conservar y administrar los bienes fideicomitidos con la diligencia de un buen padre de familia. Ahora bien, esta obligación de conservar y administrar no puede contemplarse como una obligación estática sino como una

---

bienes fideicomitidos. No sé, por tanto, si, en aras del principio antes enunciado de favorecer a la parte débil, cabría flexibilizar la doctrina jurisprudencial enunciada, restringiendo su aplicación al supuesto de fideicomiso a plazo cierto y determinado en que es el propio fiduciario el que realiza la entrega y practica la deducción, pero no aplicándola al supuesto normal de fideicomiso que concluye al fallecimiento del fiduciario, dado que, en este caso, ya no es ese fiduciario el que realizará la entrega ni, consecuentemente, con la doctrina del Supremo, realizar la deducción y beneficiarse con ello."

[231] Cierto sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que éstas no son verdaderas obligaciones de carácter personal, sino real. Así, DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.100, señalan que "sobre el fiduciario pesa la obligación de conservar (art. 781), no simplemente con el carácter de una prestación que le puede ser exigida por el fideicomisario con su correspondiente responsabilidad por incumplimiento, sino con trascendencia real, ya que limita los poderes de disposición sobre los bienes fideicomitidos"; ROCA SASTRE, R.M., "El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", *Estudios sobre sucesiones,* tomo II, Instituto de España, Madrid, 1981, pág. 92.

[232] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.122.

obligación dinámica[233]. El fiduciario también tiene que rendir cuentas de su actuación, puesto que aunque en el Código civil no hay ninguna norma específica que lo establezca, y aunque no administre en puridad bienes ajenos, sino propios siquiera temporalmente, al no ser propietario definitivo y con facultades limitadas, la rendición de cuentas es necesaria; ya que se ocupa, al menos en parte, de los intereses de otro, del fideicomisario[234].

El fiduciario debe responder por la pérdida o deterioro (tanto como consecuencia de actos propios, como de los llevados a cabo por personas a quien hubiera enajenado temporalmente los bienes[235]) o mala administración culpables (artículos 1104 y 1031 C.C., por analogía) de los bienes fideicomitidos[236].

---

[233] En ese sentido, MONTÉS PENADÉS, V., "La sustitución fideicomisaria", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 191, señala que "incumpliría su obligación de conservar si, por no disponer de esos bienes, permitiese una desaparición o deterioro de los mismos, como ha de pagar también las deudas hereditarias y realizar reparaciones extraordinarias y rehacer los bienes destruidos". El citado autor añade una panorámica general de la posición de la doctrina y de la jurisprudencia sobre este tema.

[234] En ese sentido, DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2113, y "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), op. cit., pág. 266.

[235] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.122; ROCA SASTRE, R.M., "El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", op. cit, pág. 118.

[236] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.122; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., págs. 321 y ss.; DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2113, y "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), op. cit., pág. 266.

En lo que se refiere a la responsabilidad por pérdida o deterioro, en opinión de ALBALADEJO [237] no es aplicable el artículo 457 C C, primera mitad, que se refiere al poseedor de buena fe en cuyas manos se pierde o deteriora la cosa, ya que está pensado para el que cree que "es suya definitivamente la cosa que posee, luego no para el fiduciario que sabe que ha de conservarla para el fideicomisario"; por este motivo, el fiduciario responderá por culpa, no sólo por dolo, y el fideicomisario sólo deberá probar éste, no aquella, en aplicación del principio que inspira el artículo 1183 C.C.[238]

Para SERRANO GARCÍA[239] y LEÑA FERNÁNDEZ[240] el fiduciario también tiene la obligación del artículo 511 C.C., es decir, poner en conocimiento del propietario (los colegitimarios fideicomisarios) cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa. Si el fiduciario está sometido a tutela, esta obligación tiene que cumplirla el tutor. Por el contrario, si la figura de guarda es la curatela, es el propio fiduciario el directamente obligado y responsable, dado que en esta materia es plenamente capaz.

Como consecuencia de su deber de conservación y de restitución de los bienes fideicomitidos, el fiduciario, como en la

---

[237] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág.322.
[238] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.122.
[239] Vid.: SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, págs. 474 y 475.
[240] Vid.: LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., pág. 199.

sustitución fideicomisaria ordinaria[241] (artículos 491 y 977 C.C. aplicados analógicamente), estará obligado a realizar inventario de los bienes fideicomitidos[242], sobre todo si se lo exigen los fideicomisarios; hay que resaltar que como el fiduciario está incapacitado, el inventario lo realizará el tutor o en su caso, el propio fiduciario asistido por el curador. Como bien destaca MARTIN MELÉNDEZ[243], mediante el inventario quedarán individualizados los bienes que han de restituirse, impidiéndose su confusión con el resto del patrimonio del fiduciario y además, servirá

[241] Vid.: DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.103; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op. cit., págs. 308 y 309.

[242] Vid.: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2111, y "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), op. cit., pág. 264; GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., pág. 21 y "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* op.cit., págs. 155 y 156; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, págs. 472 y 473; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., pág. 199; NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, op.cit., pág. 156; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit. pág. 121; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.123. Por su parte, la STS de 22-Julio-1994, refiriéndose a un supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit,* señala que "como al fideicomisario no le corresponde la herencia hasta que premuera el fiduciario que es cuando hereda y sólo a partir de entonces es heredero, no ha de ser citado para la práctica del inventario, como pide el artículo 1057 para los que ya son coherederos".

[243] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.123.

de prueba respecto a su estado a los efectos de determinar la responsabilidad del fiduciario frente al fideicomisario por su deterioro, en el momento de la restitución.

Cuestión controvertida es la de si el fiduciario tiene o no que prestar fianza. Para el supuesto general de sustitución fideicomisaria en Derecho común la doctrina no es pacífica[244]. Lo mismo ocurre en la doctrina para el supuesto de sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta. Para éste último supuesto, ciertos autores[245] se decantan por la opinión negativa, es decir,

[244] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág.103, escriben sobre el tema que "más dudoso es, en cambio, si pueden exigirle el afianzamiento de la obligación de restitución, toda vez que su posición jurídica no es la de un usufructuario. Pudiera acudirse al artículo 805 que impone la obligación de afianzar al heredero a término (como lo es el fiduciario en el fideicomiso puro y simple), y, por obvia analogía, tal obligación recaería en el fiduciario sometido a restitución condicional, pues no puede ser de mejor condición que el fiduciario puro. Pero no parece acertado el recurso antedicho, pues el artículo 805 no obliga a afianzar cuando el primer heredero a término que entra en el goce de la herencia es el nombrado por el testador. Trasladando la situación aquí, como el fiduciario es el primer heredero que goza de la herencia por quererlo el testador, tampoco tendría obligación de afianzar."

[245] En ese sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., pág. 21 y "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* op.cit., págs. 155 y 156, señala que "….ya que a pesar de la inexistencia de preceptos similares al artículo 491 del Código civil, relativo al usufructo, la formación de inventario parece una medida razonable y justificada para proteger los intereses de los fideicomisarios; en cambio la imposición de fianza, dado su carácter excepcional, no permite la extensión analógica de aquel precepto; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, págs. 473 y 474, dice que "…se podría exigir el afianzamiento, pero si las normas, de acuerdo con el artículo 3 del Código civil, deben interpretarse "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad", me inclino por entender que no es exigible la fianza en este caso; aparte de que los notarios aconsejarán al causante-testador que dispense de fianza al hijo o descendiente fiduciario"; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p. cit. pág. 124, indica que " por nuestra parte, aunque apoyamos la obligatoriedad del incapacitado de

niegan, con distintos argumentos, que sea necesaria la constitución de fianza por parte del fiduciario. GONZÁLEZ PORRAS[246] no se posiciona en ningún sentido, cuando reconoce que "yo no sabría decir si en la reforma del artículo 808, apartado 3º cabría o no exigir esa fianza o garantía, pues no creo que esa sea la intención del legislador, con lo que si el testador la impone pueden darse problemas en los Juzgados y Tribunales" Por su parte, DÍAZ ALABART [247] esgrime argumentos a favor y en contra de la obligatoriedad del fiduciario de constituir fianza. LEÑA FERNÁNDEZ [248] piensa que el testador podrá liberar de la prestación de fianza al

---

elaborar un inventario de los bienes, nos oponemos, en cambio, a la posibilidad de que los fideicomisarios puedan exigirle legalmente la prestación de fianza, ya que dicha posibilidad podría ir claramente en perjuicio del incapacitado, pudiendo provocar, incluso, la renuncia de este a la figura especial".

[246] GONZALEZ PORRAS, J. M., "Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas", *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba,* coordinadores. Casado Raigón y Gallego Domínguez, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pág. 709.

[247] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2111, y "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), op. cit., pág. 264, señala que "dilucidar si es preciso prestar garantía en el supuesto del artículo 808.3 Cc no es sencillo. Por una parte, la pertenencia de los bienes objeto del fideicomiso a la cuota de legítima corta implicaría la necesidad de constituir fianza, pues sería la única forma de que el legitimario fideicomisario tuviera la garantía de recibir en su día la cuota que le corresponde legalmente. Por otra parte, la intención del legislador al permitir constituir este fideicomiso para favorecer especialmente al descendiente discapacitado incapacitado, parece que no se compagina bien con la constitución de la garantía."

[248] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., págs. 199 y 200, dice que "de lo que sí parece que podrá liberar el testador es de la prestación de fianza por parte de ese fiduciario, puesto que la misma, como garantía que es, sólo constituiría un plus a la facultad de los fideicomisarios de pedir responsabilidad por mala administración del fiduciario".

fiduciario. También hay autores, como MARTÍN MELÉNDEZ[249] y NANCLARES VALLE,[250] que se decantan claramente por la obligatoriedad de constituir fianza por parte del fiduciario.

Si bien es un tema discutible, nosotros pensamos que aunque la intención del legislador sea favorecer especialmente al fiduciario incapacitado, y al no haber ningún precepto que la imponga expresamente, se podría defender la tesis de la no obligatoriedad de constituir fianza, hay argumentos que permiten defender la postura contraria. En ese sentido hay que destacar que los fideicomisarios tienen derecho a recibir los bienes fideicomitidos, que constituyen su legítima estricta, y que la fianza, es la única forma de que aquellos tengan la garantía de recibir, en su momento, aquellos bienes íntegramente; sobre todo, si tenemos en

[249] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.125, dice que "…el objeto y la cualidad de legitimarios de los fideicomisarios configuran un argumento que sirve para mantener lo contrario (es decir, la obligación de prestar fianza), ya que si bien la reforma tiene como fin favorecer al incapacitado, el mecanismo elegido (sustitución fideicomisaria) manifiesta también otra aspiración del legislador, cual es que los legitimarios no incapacitados reciban íntegramente los bienes fideicomitidos, es decir los que constituyan su legítima estricta sobre la que pesa la sustitución, al morir el incapacitado o transcurrido el plazo previsto, interés más pronunciado que en las sustituciones normales, puesto que lo que hay que restituir es ni más ni menos que la legítima estricta y estamos ante una excepción a la regla general que es la adquisición sin sometimiento a plazo alguno de la misma por los legitimarios; por esta razón, puesto que a través de esta sustitución se le priva a éstos de aquello a lo que en principio tendría derecho, sería incluso, discutible que el testador pudiera dispensar al fiduciario de prestar fianza, si es que se estimase que existe en general, la obligación de prestarla"

[250] NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado,* o.p. cit., pág. 156, señala que "por lo que se refiere a la exigencia de prestar fianza en garantía del cumplimiento de su obligación de entregar a los fideicomisarios lo que a éstos corresponde por legítima estricta, considero que éstos sí han de poder exigir fianza, pues negarlo es hacer más gravosa por vía interpretativa la posición de los legitimarios no incapacitados, ya de por sí damnificados en su derecho a la legítima estricta"

cuenta que este fideicomiso es una excepción a la regla general por la que los legitimarios tienen derecho a la adquisición de su legítima sin sometimiento a plazo alguno; y que en algunos casos, la privación temporal de esa legítima estricta puede prolongarse durante plazos muy amplios, argumento para defender que, al menos, tenga garantizada la recepción íntegra de la misma.

Hasta ahora nos hemos referido a la rendición de cuentas que tiene que hacer el fiduciario o su representante (tutor o curador) a los fideicomisarios; también nos hemos referido a la necesidad de hacer inventario y prestar fianza (si se acepta que es obligatoria). Esta rendición de cuentas, inventario y fianza, son distintos de las que tiene que hacer el tutor como consecuencia de la tutela (artículo 260 C.C.- fianza-, artículos 262 y ss. C.C. –inventario-, artículos 279 y ss. C.C. –rendición de cuentas-)[251].

En lo que se refiere a la responsabilidad por las deudas hereditarias, la posición doctrinal mayoritaria entiende que en la sustitución fideicomisaria ordinaria el fiduciario es verdadero heredero, y, en consecuencia responderá ilimitadamente de las deudas hereditarias, salvo que haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Entendemos que esta es la solución que hay que aplicar también en el fidecomiso sobre la legítima estricta del artículo 808.3 C.C.[252]. En este supuesto hay que destacar que al

[251] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.125 y 126; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, pág. 479.

[252] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.126; GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., pág. 20 y "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* op.cit., pág. 155.

ser el fiduciario un incapacitado, si está sometido a tutela, el tutor requiere autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, según resulta del artículo 271.4 C.C., y si está sometido a curatela, el fiduciario requiere el asentimiento del curador para dicha aceptación, según se desprende de la remisión que hace el artículo 290 C.C. al precepto antes citado (271 C.C.).

Una vez que el fiduciario es sustituido por el fideicomisario, cesa su responsabilidad por las deudas hereditarias, pues ha dejado de ser heredero y ahora pasa a responder el fideicomisario que adquiere la condición de tal[253].

En cuanto a las deudas contraídas por el fiduciario en la administración de los bienes fideicomitidos, responde por ellas y aunque puede deducirla de los mismos (artículo 783.2 C.C.), no pasan a los fideicomisarios[254]. En lo que se refiere a las demás deudas propias del fiduciario a favor de terceros, no responden por ellas los bienes del fideicomiso, ni podrán deducirse de los mismos; por el contrario, en el fideicomiso de residuo, los bienes fideicomitidos si responden de las deudas del fiduciario, aunque no graven los mismos y por tanto no pasen a los fideicomisarios[255].

---

[253] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.126; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op. cit., pág. 360.

[254] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.126.

[255] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.126.

B) Posición jurídica de fiduciario conforme a la Ley 8/2021: novedades

Partiendo de lo ya expuesto respecto de la Ley 41/2003, vamos a destacar algunas novedades introducidas por la nueva regulación de la Ley 8/2021.

Como ya sabemos, la Ley 8/2021 no se refiere a persona incapacitada judicialmente si no a persona en situación de discapacidad; desaparece la figura del tutor, si la persona es mayor de edad y, como dice el Preámbulo de la citada ley, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo en sentido amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo e incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad; añade el citado Preámbulo que en las situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones (curador con funciones representativas).

La actuación de la persona con discapacidad que sea fiduciario debe contar con la medida de apoyo (voluntaria, guardador de hecho, curador o defensor judicial) establecida; a diferencia de las actuaciones de la persona incapacitada sometidas a la regulación de la ley 41/2003, en las que muchas veces tenía que actuar el tutor, tal como hemos explicado en el apartado anterior. Por ello, en cuanto a los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad fiduciario, como criterio prioritario debemos estar a lo que haya dispuesto el testador al respecto, y

también remitirnos a lo dicho respecto a la persona incapacitada, conforme a la ley 41/2003, con la peculiaridad de que las actuaciones que antes realizaba el tutor, ahora deben ser realizadas por la persona con discapacidad con la medida de apoyo correspondiente.

Fideicomiso de residuo

Bajo la normativa de la ley 41/2003 había discrepancia doctrinal sobre la posibilidad de que el fideicomiso establecido por el fideicomitente pudiese ser de residuo, aunque, como ha quedado expuesto en el apartado anterior, nuestra opinión era contraria a dicha posibilidad.

Por el contrario, conforme a la ley 8/2021, es el propio legislador en el artículo 808.4 del C.C. el que establece que el fideicomiso sea de residuo, salvo disposición contraria del testador.

En el fideicomiso de residuo, en general, el fideicomitente dispensa al fiduciario, en todo o en parte, del deber de conservar, de modo que éste puede disponer por sí solo de los bienes fideicomitidos de forma definitiva, con lo que el fiduciario sólo tiene que entregar los bienes que resten (el residuo) en el momento de la restitución. Antes de la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, ya la doctrina y la jurisprudencia admitían, en general, en nuestro Derecho la licitud del fideicomiso de residuo, basándose en el artículo 783 del C.C., que dispone que “el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario…, salvo el caso en el que el testador hay dispuesto otra cosa”.

El fideicomiso de residuo se caracteriza, como expone PLANAS BALLVÉ[256], "por el hecho de que el fideicomisario está sometido a una condición suspensiva: a que el heredero fiduciario no haya dispuesto de la totalidad del patrimonio recibido del causante por ser el primer llamado. Así, el segundo llamado, el fideicomisario, va a recibir una cantidad indeterminada, porque lo estará en función del uso que el fiduciario haga de la facultad dispositiva que le haya otorgado el testador.

A diferencia del régimen previsto en la sustitución fideicomisaria, en el fideicomiso de residuo existe una indeterminación inicial de los bienes que recibirá el fideicomisario porque dependerá de las facultades dispositivas que disponga el fiduciario y del ejercicio del mismo que lleve a cabo."

El nuevo artículo 808.4 CC establece una presunción *iuris tantum:* si el testador no ha especificado cual es el tipo de fideicomiso que ha previsto, éste será el fideicomiso de residuo. Esta presunción sólo se podrá destruir con la voluntad expresa del testador de establecer otra modalidad de fideicomiso. La finalidad de esta novedad introducida es una mayor cobertura patrimonial al hijo en situación de discapacidad[257].

Como se sabe, en el fideicomiso de residuo se pueden dar dos modalidades: fideicomiso *si aliquid supererit* (si queda algo), en el que los poderes de disposición conferidos al fiduciario son amplísimos y, en consecuencia, puede o no quedar algo de la herencia para restituir al fideicomisario; y fideicomiso *de eo quod*

[256] PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 438.

[257] Vid., en ese sentido, PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 438.

supererit (de aquello que debe quedar), en el que al restringir los poderes de disposición del fiduciario el propio causante, necesariamente ha de heredar algo el fideicomisario [258].

En el nuevo artículo 808.4 CC, se debe entender que el legislador ha optado por el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo): "el hijo beneficiado" no podrá disponer "ni a título gratuito ni por acto *mortis causa"*, pero si podrá disponer a título oneroso. Se establece la prohibición de las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* gratuitas y la subrogación real, tal como indica PLANAS BALLVÉ[259].

Tal como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[260], refiriéndose al fideicomiso de residuo en general, "el testador es árbitro para concederle las facultades de disposición al fiduciario, a ejercitar en el modo y forma que disponga. Sólo ha de ser de expresa concesión la facultad de disponer *mortis causa* (Ss. De 13 de noviembre de1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras), y mirada con recelo la de disponer *inter vivos de* forma gratuita, llegándose a requerir que sea otorgada expresamente por el testador (Ss. de 12 de febrero de 2002 y 13 de mayo de 2010)." En el supuesto del nuevo artículo 808.4 CC, como ya hemos dicho, "el hijo beneficiado" no podrá disponer "ni a título gratuito ni por acto *mortis causa"*, pero si podrá disponer a título oneroso. En consecuencia, incluso podría disponer, aunque fuese a título oneroso, de toda la herencia, siempre que el testador no le

[258] Vid., en ese sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, op. cit, pág. 105.
[259] PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 439.
[260] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, op. cit, pág. 106.

hubiese puesto ninguna limitación en ese sentido. Por ello, en dicho supuesto se debe admitir que el fiduciario no debe tener la obligación de conservar los bienes para que hagan tránsito al heredero fideicomisario[261].

En el supuesto de que el fiduciario hubiese recibido como herencia, el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su parte del tercio de legítima estricta, todo ello en plena propiedad, y la parte de legítima estricta de los demás legitimarios, como fiduciario de residuo, en la modalidad *si aliquid supererit,* y dispusiese, aunque fuese a título oneroso, de toda la herencia, ello supondría la desheredación *de facto* de sus colegitimarios.

En relación al supuesto anterior, hay que destacar que sería contrario al principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima que sigue vigente ya que el artículo 813.1 C.C. no ha sido modificado; sólo ha sido modificado el párrafo segundo del citado artículo, referido a la intangibilidad cualitativa de aquella. También es destacable que, como hemos dicho más arriba, ello supondría *de facto* una causa de desheredación no recogida expresamente por la ley; y el artículo 848 del Código civil dice claramente que "la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley". No habría una desheredación formal por parte del testador, pero a efectos prácticos se llegaría al mismo resultado. Ello podría posibilitar una impugnación por parte de los colegitimarios afectados, los fideicomisarios. Sobre dicha cuestión volveremos, más adelante, en el apartado referido a estos últimos.

[261] En ese sentido se pronuncia PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op. cit., pág. 439.

Ya dijimos más arriba que, en cuanto a los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad fiduciario, como criterio prioritario debemos estar a lo que haya dispuesto el testador al respecto, y también remitirnos a lo dicho respecto a la persona incapacitada, conforme a la ley 41/2003, con la peculiaridad de que las actuaciones que antes realizaba el tutor, ahora deben ser realizadas por la persona con discapacidad con la medida de apoyo correspondiente. Por tanto, habrá que estar y prestar especial atención a lo dispuesto expresamente por el testador al establecer el fideicomiso.

Si el testador estableciese un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit,* que permitiese al fiduciario disponer, aunque sólo sea a título oneroso, de todo lo heredado, se puede pensar que los derechos de éste serán de muy amplio contenido, mientras que sus obligaciones podrían ser muy livianas. Ya que se le permite, en su caso, enajenar todo lo heredado, se le podría exonerar expresamente de prestar inventario y fianza y no exigirle una especial diligencia en la gestión y conservación de lo heredado.

3.3. El Fideicomisario

3.3.1. El Fideicomisario conforme a la Ley 41/2003

Como ya dijimos con anterioridad, nosotros pensamos que, en la sustitución fideicomisaria a que se refiere el nuevo artículo 808.3, tanto fiduciarios como fideicomisarios, tienen que ser legitimarios. Concretamente el citado artículo señala que los fiduciarios serán "hijos o descendientes judicialmente incapacitados" y los fideicomisarios serán "los coherederos forzosos". Un supuesto tipo podría ser el de un testador que tiene un hijo incapacitado y otros

hijos con plena capacidad; nombraría fiduciario a su hijo incapacitado y fideicomisarios a sus otros hijos, y todos serían coherederos forzosos, es decir legitimarios.

Por tanto, fideicomisarios pueden ser los colegitimarios no incapacitados, sobre cuya legítima estricta, total o parcialmente, recae la sustitución. No puede ser fideicomisario un legitimario incapacitado judicialmente; éste o es fiduciario, o si no lo es, recibe, al menos, su legítima estricta de forma directa, sin gravamen, condición o término alguno[262].

Como el artículo 808.3 dice que los fideicomisarios son "los coherederos forzosos", nos podemos plantear si también podría ser fideicomisario el cónyuge del disponente que fuese madre o padre del fiduciario incapacitado; a lo que hay que responder de forma negativa, ya que tanto el artículo arriba citado como el artículo 782 C.C. permiten la sustitución fideicomisaria sobre la "legítima estricta" y ésta sólo puede corresponde a los descendientes, pero no al cónyuge ni a los ascendientes[263].

Respecto de la sustitución fideicomisaria prevista en el artículo 808.3, también podemos plantearnos qué pasaría en el supuesto de que un fideicomisario, en principio, con plena capacidad de obrar, sea posteriormente incapacitado. Parece claro que se produciría la extinción inmediata de dicha sustitución fideicomisaria, ya que con la misma no puede perjudicarse a un incapacitado, aunque la incapacitación le sobrevenga con

[262] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 81.

[263] También se pronuncian en ese sentido, LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., págs.189 y 190; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 81.

posterioridad a su condición de fideicomisario, quedando, por tanto, sin efecto la sustitución en la porción que afecte al fideicomisario declarado incapacitado con posterioridad a la apertura de la sucesión[264].

Como el artículo 808.3 dice que los fideicomisarios son "los coherederos forzosos" sin hacer matizaciones, se puede entender que si hay varios legitimarios no incapacitados, todos ellos serán fideicomisarios y soportarán por igual el fideicomiso, como dice la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[265], quien añade que "… no podrán ser sustitutos sucesivos pues entonces los fideicomisarios posteriores soportarán el gravamen no en beneficio de un incapacitado, sino en el de un legitimario capacitado, contra el fin de la reforma y de los a.782, 808. p.3 y 813, p. 2 C.c. que es permitir el perjuicio de la legítima sólo para favorecer a los hijos o descendientes incapacitados; a lo que se une que los fideicomisarios primeramente llamados, serían de mejor condición

[264] En ese sentido se pronuncia BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p. cit. pág.119. Esa misma opinión mantiene NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado,* o.p. cit., pág. 156, quien afirma que "en caso de incapacitación sobrevenida de uno de los fideicomisarios procede la resolución parcial de la sustitución fideicomisaria y la restitución al nuevo incapacitado de su legítima estricta. Ello es así porque de la propia redacción del artículo 808.3 C.c. se deduce claramente que un incapacitado no puede ser fideicomisario". La misma postura mantiene MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 95, cuando escribe "también podríamos preguntarnos qué ocurriría si teniendo los bienes en su poder el fiduciario, es incapacitado un fideicomisario. En nuestra opinión, puesto que un incapacitado no pude ser fideicomisario, en el momento de la incapacitación habría que entregarle su parte de legítima estricta y, en esa parte, quedaría resuelto el fideicomiso. Si sólo había un fideicomisario y éste es incapacitado, ocurriría lo mismo, pero concluiría el fideicomiso íntegramente".

[265] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 81 y 82.

que los llamados en sustitución de los anteriores, pues aquéllos recibirían no sólo su legítima sino la de los demás legitimarios fideicomisarios y los otros tardarían más en recibir la suya, mientras que, como hemos dicho, todos los fideicomisarios han de ser gravados en igual medida"[266].

Sabemos que en el ámbito de la sustitución fideicomisaria podemos distinguir entre la sustitución ordinaria o pura y la sustitución fideicomisaria condicional. La diferencia básica entre ambas radica, como muy bien expresa el profesor LASARTE[267], en que en la sustitución ordinaria o pura la delación hereditaria a favor del fideicomisario se considera producida en el mismo momento del fallecimiento del fideicomitente, mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional el llamamiento del fideicomisario depende obviamente de que acaezca el hecho futuro o incierto elevado al rango de condición. En el supuesto de la sustitución fideicomisaria a que se refieren los artículos 782, 808.3 y 813.2 nos encontramos con una sustitución pura[268]. El derecho del

[266] Sobre este tema, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 363, dice "…aunque los fideicomisarios puedan ser varios (si varios son los legitimarios no incapacitados) todos ellos son sustitutos directos del mismo instituido (fiduciario); no son sustitutos entre sí, ni conjuntamente, ni de forma gradual".

[267] Vid.: LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil,* tomo séptimo, op.cit., pág. 111.

[268] En ese sentido, SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit, pág. 458, indica sobre este tema que "La sustitución fideicomisaria que introduce la LPPD es pura. No cabe la condicional, porque el gravamen que se permite sobre la legítima sólo es cualitativo, nunca cuantitativo. Porque hay que entender que no se trata del establecimiento de una condición propiamente dicha, sino del establecimiento de un plazo que es de la clase *certus an, incertus quando.* Llegado el término (muerte del incapacitado beneficiario) heredan los bienes fideicomitidos que constituyen la legítima estricta los colegitimarios, que son herederos desde la apertura de la sucesión del ascendiente causante. Podría ser propiamente condicional, si se admite que la

fideicomisario a la herencia es cierto desde el mismo momento de la muerte del fideicomitente. El fallecimiento del fiduciario marca el momento en el que los bienes fideicomitidos pasarán a los fideicomisarios.

Podemos plantearnos que sucedería si, por algún motivo, faltase algún fideicomisario.

En aplicación del artículo 784 del Código civil, si algún heredero fideicomisario, habiendo sobrevivido al testador, muere antes que el fiduciario, los bienes objeto del fideicomiso que hubieren correspondido al citado fideicomisario irán a parar a sus herederos, cuando fallezca el fiduciario[269].

En el supuesto que un fideicomisario muriese antes que el testador, su derecho a la sucesión no llegaría a nacer, de modo que, salvo que jugara el derecho de representación, su parte acrecería (en sentido amplio, no técnico) a los demás herederos forzosos[270]. Lo mismo que en caso de premoriencia sucedería en

---

obligación de entregar se produce también si el fiduciario gravado, recobra la capacidad"; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 362, dice que "La sustitución fideicomisaria que permiten los arts. 782, 808 y 813. 2 es pura. El derecho del fideicomisario a la herencia es cierto desde el momento mismo de la muerte del causante, no estando sometido a condición alguna, ni a término distinto de la muerte del fiduciario".

[269] En ese sentido, COBACHO GÓMEZ, J. A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el Derecho de sucesiones; cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* coordinador: Rebolledo Varela, A.L., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 376, quien dice: "teniendo en cuenta el perjuicio que sufren los coherederos forzosos no incapacitados, debe abogarse por entender que se aplica el artículo 784 CC lo que comporta que los fideicomisarios tienen derecho a los bienes fideicomitidos desde la muerte del ascendiente fideicomitente"; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.. 94 y 95; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 190.

[270] En ese sentido se manifiesta MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit.,

los de incapacidad, desheredación o renuncia, y siempre sin perjuicio del derecho de representación[271]**.** En el caso de que un fideicomisario renunciare a su porción de legítima, según lo dispuesto en el artículo 985.2, "sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*".*

Como es sabido, la facultad que concede al causante el artículo 808.3 del Código civil de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria es una excepción al principio de intangibilidad cualitativa, según el cual, no podrá imponerse sobre ella "gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie" (art. 813.2 C.C.); dicha facultad no permite al testador privar definitivamente de la legítima a sus legitimarios no incapacitados, sino aplazar su adquisición durante el tiempo en el que los bienes que la componen son de titularidad del fiduciario incapacitado.

Partiendo de lo anterior, podemos preguntarnos si el fideicomitente podría someter la adquisición de la legítima por el fideicomisario a una condición, como por ejemplo, que cuide adecuadamente del incapacitado fiduciario mientras viva[272], de modo que, en caso contrario, los bienes fideicomitidos quedasen en

---

pág. 94, quien añade: "de este modo, al disminuir el número de legitimarios, aumentará proporcionalmente la cuota de cada uno de ellos en la legítima estricta, recibiéndola de forma inmediata y sin gravamen, el fiduciario y de forma aplazada, los fideicomisarios, puesto que este incremento de su legítima quedaría afectado, en cuanto tal legítima por la sustitución fideicomisaria; lógicamente, si la sustitución sólo afectaba a una parte de su legítima, en esa misma proporción quedará gravada y, por tanto, aplazada, la parte acrecida".

[271] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 94.

[272] Esta pregunta se la plantean el notario LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 190; y la profesora MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 95. Ambos autores, de forma acertada, responden negativamente ya que dicha condición podría llevar a la privación de la legítima del fideicomisario, lo cual no está permitido.

manos del fiduciario o de sus herederos, o tuviesen otro destino previsto por el testador. La respuesta tiene que ser, necesariamente, negativa, ya que dicha condición podría suponer la privación de la legítima del fideicomisario, lo cual no está permitido, y supondría la violación del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima (el art. 813.1 del C.C. establece que "el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley"). Además, el art. 813.2 del C.C., en su tenor literal, separa la "condición" de la "sustitución", siendo la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria una excepción a la prohibición de imponer sustituciones de ninguna especie, no la de imponer condiciones sobre la legítima, prohibición que se mantiene[273].

Fases de la posición jurídica del fideicomisario

Partiendo de la base de que el fideicomisario a quien sucede es al fideicomitente[274], no al fiduciario, podemos distinguir dos fases en su posición jurídica: la primera fase, que podríamos denominar fase fiduciaria y la segunda fase, que comienza en el momento en el que, una vez extinguida aquella, el fideicomisario pasa a ser efectivamente heredero.

La primera fase abarcaría desde la muerte del causante fideicomitente, hasta la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: la muerte del fiduciario, el fin del plazo fijado por aquél,

[273] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 95.

[274] En ese sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil,* tomo séptimo, 14ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.019, pág. 116, quien afirma que "no cabe duda de que durante la *fase fiduciaria* (es decir, mientras el fiduciario ostenta la condición de heredero por haber sido el primer llamado a la herencia), el fideicomisario ha adquirido también el derecho a la sucesión. Lo afirma textualmente el artículo 784 y, además, así ha de resultar de la estructura propia de la figura estudiada, pues el fideicomisario no es heredero del fiduciario, sino del causante".

la renuncia del fiduciario a su derecho (es decir al gravamen sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos) o, en su caso, el cese de la incapacitación del fiduciario[275]. La segunda fase empezaría a partir de ese momento.

Primera fase:

Como el derecho del fideicomisario está sometido a un término inicial, aunque fallezca antes que el fiduciario – siempre que lo haga después que el fideicomitente-, el mismo pasará, como ya dijimos, a sus herederos (art. 784 C.C.).

El fideicomisario también podrá disponer de su derecho a la herencia *inter vivos;* podrá enajenarlo o gravarlo, ya que –según la opinión mayoritaria- la delación se produce para el fideicomisario al fallecer el fideicomitente y, por tanto, tiene un verdadero derecho, no una simple expectativa[276].

---

[275] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.127.

[276] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.128.

Sobre el tema escribe GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., pág. 23, que "la posición jurisprudencial pasa por distinguir según se trate de fideicomiso ordinario o fideicomiso de residuo. En el primer caso, el llamamiento genera un verdadero derecho transmisible (cfr. art. 799 del Código Civil) mientras que en el segundo –asimilable al fideicomiso condicional- no es sino una expectativa no transmisible (cfr. art. 759 del Código Civil) y por tanto tampoco embargable, enajenable ni hipotecable. Dentro del fideicomiso de residuo habría que distinguir entre las dos figuras de *aliquid supererit y la de eo quod supererit.* Esta es la posición de la RDGRN de 8 de febrero de 1957.

Dado que el fideicomiso que nos ocupa es de la clase de fideicomiso ordinario, habrá que concluir que los fideicomisarios sí que pueden disponer de su derecho, gravarlo, hipotecarlo y ser objeto de embargo."

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 14ª edición, op.cit., pág. 116, escribe que "considera la doctrina que el *ius delationis* del fideocomisario no sólo es transmisible *mortis causa*, según afirma literalmente el último inciso del artículo 784, sino *inter vivos*, pues una vez abierta la sucesión cualquier enajenación del derecho del fideicomisario no podrá verse afectada por la nulidad de los contratos relativos a la herencia futura establecida en el artículo 1.271 (antes o después de su

Ya vimos al hablar del fiduciario que tenía una serie de obligaciones en relación al fideicomisario. Pues éste es el acreedor o titular activo de las obligaciones de aquel. El fideicomisario, por tanto, tiene derecho a exigir al fiduciario la conservación y administración de los bienes fideicomitidos con la diligencia de un buen padre de familia, la formación de inventario[277] y, en su caso, la constitución de fianza; si se entiende que ésta última es obligación del fiduciario, cuestión sobre la que ya dijimos que la doctrina no es pacífica, aunque hay argumentos para defender su obligatoriedad, entre los que destaca el que es la única forma de que los fideicomisarios tengan la garantía de recibir íntegramente, en su momento, los bienes fideicomitidos.

El fideicomisario, también podrá impugnar, por anulables, los actos de disposición definitiva que hubiese hecho el fiduciario sin su consentimiento[278]. El plazo para ejercitar dicha acción será de cuatro años desde que tuviera conocimiento del acto, o si no, desde que tuviera lugar la sustitución (aplicación analógica del art. 1301, último párrafo, del Código civil)[279].

---

modificación textual por la ley 7/2003, Sociedad Limitada Nueva empresa). En efecto, la herencia fideicomitida no es futura, sino que se encuentra abierta desde el momento del fallecimiento del fideicomitente."

[277] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 14ª edición, op.cit., págs. 116 y 117, escribe sobre el tema que "partiendo de la base de que la obligación de custodia impuesta al fiduciario presupone que el fideicomisario es el titular activo de la relación obligatoria sí constituida, la aplicación de las reglas generales sobre la cuestión conlleva, por una vía o por otra, que al fideicomisario han de reconocérsele facultades suficientes para defender la integridad de la herencia y exigir la debida conducta respecto de los bienes hereditarios al fiduciario, estando facultado aquél para exigirle la realización del correspondiente inventario, así como para ejercitar en general (frente al fiduciario o frente a terceros) las acciones procedentes par la *conservación de su derecho,* si se acepta la aplicación analógica del artículo 1.121 del Código civil."

[278] Vid.: ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", op, cit., pág.329.

[279] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.128.

Nos podemos plantear el supuesto de que el causante fideicomitente dejase cónyuge supérstite, ¿se requeriría intervención de los fideicomisarios para decidir sobre la conmutación de su legítima usufructuaria conforme al artículo 839 del Código civil? Parece que no sería necesaria la intervención de los fideicomisarios. Esa es la opinión de la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[280], quien dice que "dado que el viudo siempre concurriría con descendientes y, por consiguiente, su legítima usufructuaria recaería sobre el tercio de mejora, el cual, a su vez, creemos que ha de ser atribuido necesariamente al fiduciario incapacitado sin que la sustitución fideicomisaria pueda extenderse a él, los fideicomisarios no tendrán porque intervenir[281], puesto que la conmutación no afectará a su legítima estricta, ni tampoco a lo que en el futuro pueda corresponderles como fideicomisarios, de modo que la decisión sobre la conmutación corresponderá únicamente al fiduciario[282]".

[280] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.128 y 129.

[281] Vid.: DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed. Tecnos, Madrid, 12ª edición, 2.017, pág. 171, escriben que "la finalidad de la conmutación es la de evitar la desmembración del dominio, al ser la legítima del cónyuge viudo un usufructo sobre una parte de la herencia. Por tanto, los herederos que pueden conmutar son los que han de sufrir el gravamen usufructuario".

[282] En contra de esta opinión se manifiesta ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., pág. 141, quien escribe que "….lo razonable es que los fideicomisarios intervengan: Está por medio una cuestión relativa a la legítima y no sería justo dejar al fiduciario incapacitado el peso de una decisión que puede tener importante trascendencia respecto de la consistencia futura de la herencia. Por tanto, aparte de que esos casos precisen de la intervención de un defensor judicial en representación del incapacitado, pues habrá contraposición de intereses entre él y el representante (que habitualmente será el cónyuge viudo), será necesaria la intervención de los fideicomisarios como "herederos", aunque no lo sean".

Por otro lado, conforme al artículo 82.1 del Reglamento Hipotecario, "en las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución", a favor del fideicomisario[283]; es decir, en el Registro de la Propiedad queda constancia del derecho del fideicomisario, al inscribir el suyo el fiduciario.

Para terminar con la exposición de esta primera fase de la posición jurídica del fideicomisario, podemos apuntar que "salvo que el testador hay determinado los bienes constitutivos de la legítima de los fideicomisarios y los bienes sobre los que recaerá la sustitución, se requerirá la intervención y consentimiento de éstos a la partición consensual realizada al fallecer el causante"[284].

Segunda fase:

Como ya dijimos, esta fase comenzaría a partir de la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: el fallecimiento del fiduciario, el fin del plazo dispuesto por el fideicomitente, la renuncia del fiduciario a su derecho (es decir al gravamen sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos) o, en su caso, el cese de la incapacitación del fiduciario.

[283] En relación con este tema, la profesora MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.129, estima que de acuerdo al artículo 6.c de la Ley Hipotecaria, "el fideicomisario podría instar el comienzo del procedimiento registral para obtener la inscripción de los bienes fideicomitidos a favor del fiduciario y con ello que conste la sustitución fideicomisaria cuando el fiduciario no haya inscrito su derecho, de forma análoga a lo que ocurre en los casos de los a.312 y 140.2 y 3 del Reglamento Hipotecario".

[284] Así lo estima MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.129.

En esta fase, el fideicomisario tendrá derecho a la entrega de los bienes fideicomitidos (art. 783.2 C.C.), en manos del fiduciario hasta ese momento[285].

Entre los bienes que el fiduciario, o sus herederos, deben restituir al fideicomisario, no estarán los que conformen la legítima de aquel. En nuestra opinión, como ya veremos más adelante, los bienes recibidos por el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarán gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrán que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarán para sus propios herederos. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibe libre de toda carga.

Como ya vimos con anterioridad, los bienes fideicomitidos le serán entregados al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, según señala el artículo 783.2 del Código civil; en el supuesto de hubiese

[285] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 14ª edición, op.cit., pág.117, escribe sobre la sustitución fideicomisaria en general que "en el supuesto más simple de sustitución fideicomisaria (del que partimos página atrás) cuando la fase fiduciaria llega a su fin, el fideicomisario pasará a ser heredero puro y simple (naturalmente, en cambio, si existe un *segundo* fideicomisario, el primero de ellos pasa a ser el fiduciario, como ya hemos reiterado) y, en los términos antes visto, consolida la adquisición hereditaria y tiene derecho a reclamar la posesión de los bienes al fiduciario o a sus herederos, según el caso"; y en cuanto a la obligación de entrega de los bienes, escribe en la pág. 114 que " de otro lado, dada la extraordinaria fuerza que en otros preceptos del Código tiene "la entrega de la cosa", el tenor literal del artículo 783 puede dar lugar a imágenes erróneas, pues realmente el fideicomisario no es sucesor, en sentido técnico, del fiduciario. Lo sigue o lo sucede en términos temporales ciertamente, pero la condición de heredero del fideicomisario deriva también del propio fideicomitente y, en consecuencia, una vez que la *etapa fiduciaria* ha concluido, su título de heredero se consolida y hablando en precisos términos la "entrega de la herencia" ha de traducirse a términos puramente posesorios y, de añadidura, referidos a la posesión como hecho, pues la titularidad dominical y la posesión como derecho (es decir la *posesión civilísima)* las habrá recibido el fideicomisario*,* desde la desaparición del fiduciario, a consecuencia de la delación de la herencia fideicomitida, que trae causa directa de la institución del fidicomitente*".*

jugado la subrogación real respecto de algunos de los bienes, será restituido el que lo haya sustituido[286].

En cuanto a la inscripción en favor del fideicomisario, el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, tras decir en el párrafo primero –como hemos visto- que "en las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución", añade en el párrafo segundo que "cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar". Como documentos públicos que acreditan la transmisión, podemos señalar el certificado de defunción o testimonio de la resolución judicial que declare la capacidad y el levantamiento de la incapacitación, así como la escritura de aceptación por el fideicomisario[287]. Hay que tener en cuenta también que, según el párrafo cuarto del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, "el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de la condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella". En relación a éste tema hay que destacar la Resolución de la D.G.R.N. de 30-enero-2004, que establece que "en los supuestos de establecimiento de una sustitución fideicomisaria sin designar nominativamente a los sustitutos fideicomisarios… es indudable que para la inscripción de

[286] Vid.: RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones. Común y Foral.* Tomo II, op. cit., pág. 1186.
[287] Vid.: GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* op.cit., pág. 20.

los bienes fideicomitidos a favor de los fideicomisarios, no basta sólo el testamento del causante, sino que se precisa un título adicional que determine quienes son efectivamente las personas en cuyo favor ha de operarse la restitución fideicomisaria, título que bien puede ser el título sucesorio de los fiduciarios llamados en segundo lugar, o bien el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, otorgada una vez producido el evento de que depende la sustitución fideicomisaria"[288].

Por otro lado, hay que destacar que para obtener la inscripción de los bienes fideicomitidos a favor del fideicomisario, no se precisa la previa inscripción a favor del fiduciario, pues, como señala la Resolución de la D.G.R.N. de 10-noviembre-1998, el fideicomisario "trae causa directamente del causante originario y no del fiduciario y "la única exigencia que el tracto sucesivo impone para la inscripción a favor del fideicomisario es la previa inscripción del derecho a favor del fideicomitente (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), se haya inscrito o no, también el derecho del fiduciario"[289].

---

[288] En relación a la citada Resolución, escribe MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.131, que "cuando fueran varias las personas llamadas como fideicomisarias y no se hubiera individualizado anteriormente los bienes fideicomitidos que en concepto de legítima estricta les corresponderán, será necesario llevar a cabo su partición tras el acontecimiento determinante de la restitución. Si el acuerdo particional se efectuó "antes del evento restitutorio por quienes luego resultarían ser efectivamente los únicos fideicomisarios", el mismo "podrá ser inscrito sin necesidad de ratificación posterior por los otorgantes"; no obstante, si dicho acuerdo fue otorgado por los representantes de quienes, siendo todavía menores, serían los futuros fideicomisarios, si no consta que todos ellos ha ratificado siendo ya mayores dicho acuerdo, no cabrá la inscripción, tal y como resulta de la citada Resolución de 30 de enero de 2004".

[289] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.131.

En cuanto a los frutos pendientes en el momento de la restitución de los bienes al fideicomisario, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 452 del Código civil[290].

Por último, vamos a referirnos a la responsabilidad del fideicomisario instituido heredero en cuanto a las deudas hereditarias. Hay que destacar que, en términos generales, en cuanto herederos, tanto el fiduciario como el fideicomisario están obligados a hacer frente a las deudas hereditarias, conforme a las reglas generales. Expuesta con anterioridad la responsabilidad del fiduciario, vamos a referirnos a continuación a la del fideicomisario.

La responsabilidad del fideicomisario dependerá de si acepta o no a beneficio de inventario. En el primer caso, "no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma" (art. 1023.1 C.C.). En el segundo caso, es decir, cuando acepta pura y simplemente, o sin beneficio de inventario, quedará responsable "de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios" (art. 1003 C.C.).

Ahora bien, al ser precedido en el tiempo por el fiduciario (que, como sabemos, también está obligado a pagar las deudas

---

[290] Concretamente dispone ese precepto:"Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiere hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo".

hereditarias), en muchos casos el fideicomisario recibirá una herencia liquidada de deudas y cargas hereditarias. Por ello, acertadamente afirma el profesor LASARTE[291] que, "en la generalidad de los casos, si la duración de la fase fiduciaria no ha sido breve o brevísima, ha de presuponerse que las deudas hereditarias habrán sido abonadas por el fiduciario, debiéndose distinguir entre el supuesto de que el correspondiente pago lo haya llevado a cabo el fiduciario detrayendo bienes hereditarios (por eso decíamos que la cuestión se encuentra íntimamente conectada con el debate sobre la eventual facultad de disposición del fiduciario), o, por el contrario, a cargo de su patrimonio personal. En éste último supuesto, acaso lo más razonable sea considerar que el fiduciario o sus herederos tienen derecho a la restitución del correspondiente importe, ya que el abono de las deudas hereditarias ha de considerarse "gasto legítimo" o un "crédito" que el fiduciario tendría contra la masa hereditaria o, en definitiva, contra el titular definitivo de la masa hereditaria fideicomitida".

3.3.2. El Fideicomisario conforme a la Ley 8/2021: novedades

Partiendo de lo ya expuesto respecto de la Ley 41/2003, vamos a destacar algunas novedades introducidas por la nueva regulación de la Ley 8/2021 en relación al fideicomisario.

También volveremos a incidir en algunas cuestiones interesantes, ya tratadas en el apartado anterior relativo a la citada Ley 41/2003; evitando referirnos a otras, como, por ejemplo, la inscripción de la herencia en el registro de la propiedad a favor del fideicomisario, para no ser reiterativos, ya que lo dicho con

[291] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 14ª edición, op.cit., pág.117.

anterioridad se puede considerar aplicable también conforme a la Ley 8/2021.

Como ya dijimos, la Ley 8/2021 no se refiere a persona incapacitada judicialmente si no a persona en situación de discapacidad. Ya vimos que el fiduciario no será un incapacitado judicialmente, sino una persona con discapacidad; concretamente un hijo con discapacidad. Por su parte, los fideicomisarios son los colegitimarios (sin discapacidad) de ese hijo con discapacidad, quienes recibirán una legítima aplazada en el tiempo, en el supuesto de que el testador haya dispuesto que el fideicomiso no sea de residuo; o lo que pudiera quedar de los bienes hereditarios en el caso de que se tratase de un fideicomiso de residuo, pudiendo llegar a constituir una desheredación *de facto* si dicho fideicomiso fuese de la modalidad *si aliquid supererit.*

Del texto del artículo 808.4 C.C. (… el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad) parece claro que no podrá ser fideicomisario otro hijo con discapacidad. DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ[292] escribe sobre el tema que "si verdaderamente se tratara de una institución con finalidad asistencial, parecería que debiera optar por el legitimario con discapacidad que presente problema de necesidad económica, pero no queda claro; no justificándose tampoco que si esa fuera la finalidad no pudiera quedar gravada con el fideicomiso la legítima del otro hijo que, a pesar de presentar alguna discapacidad, mantuviera una situación económicamente solvente y desahogada." Sin embargo, la letra del precepto es clara y dispone expresamente

[292] Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 942.

que el testador podrá disponer de la legítima estricta “de los demás legitimarios sin discapacidad”. En consecuencia, no podrán ser fideicomisario los legitimarios con discapacidad, aunque tengan una buena posición económica.

Por tanto, fideicomisarios pueden ser los colegitimarios sin discapacidad, sobre cuya legítima estricta, total o parcialmente, recae la sustitución. No puede ser fideicomisario un legitimario con discapacidad; éste o es fiduciario, o si no lo es, recibe, al menos, su legítima estricta de forma directa, sin gravamen, condición o término alguno.

Respecto de la sustitución fideicomisaria prevista en el artículo 808.4, también podemos plantearnos qué pasaría en el supuesto de que un fideicomisario, en principio, persona sin discapacidad, posteriormente llegue a encontrarse en situación de discapacidad. Parece claro que se produciría la extinción inmediata de dicha sustitución fideicomisaria, ya que con la misma no puede perjudicarse a una persona con discapacidad, aunque dicha situación le sobrevenga con posterioridad a su condición de fideicomisario, quedando, por tanto, sin efecto la sustitución en la porción que afecte al fideicomisario declarado discapacitado con posterioridad a la apertura de la sucesión[293].

[293] Como ya vimos, para la regulación de la ley 41/2003, referida al incapacitado judicialmente, en ese sentido se pronuncia BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p. cit. pág.119. Esa misma opinión mantiene NANCLARES VALLE, J., “La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada”, *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado,* o.p. cit., pág. 156, quien afirma que “en caso de incapacitación sobrevenida de uno de los fideicomisarios

Como del artículo 808.4 C.C. se desprende que los fideicomisarios son "los demás legitimarios sin discapacidad" sin hacer matizaciones, se puede entender que si hay varios legitimarios sin discapacidad, todos ellos serán fideicomisarios y soportarán por igual el fideicomiso[294].

Como ya expusimos, el nuevo artículo 808.4 CC establece una presunción *iuris tantum:* si el testador no ha especificado cual es el tipo de fideicomiso que ha previsto, éste será el fideicomiso de residuo. Esta presunción sólo se podrá destruir con la voluntad expresa del testador de establecer otra modalidad de fideicomiso.

También expusimos que el fideicomiso de residuo se caracteriza, como escribe PLANAS BALLVÉ[295], "por el hecho de que el fideicomisario está sometido a una condición suspensiva: a que el heredero fiduciario no haya dispuesto de la totalidad del patrimonio recibido del causante por ser el primer llamado. Así, el

---

procede la resolución parcial de la sustitución fideicomisaria y la restitución al nuevo incapacitado de su legítima estricta. Ello es así porque de la propia redacción del artículo 808.3 C.c. se deduce claramente que un incapacitado no puede ser fideicomisario". La misma postura mantiene MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 95, cuando escribe "también podríamos preguntarnos qué ocurriría si teniendo los bienes en su poder el fiduciario, es incapacitado un fideicomisario. En nuestra opinión, puesto que un incapacitado no pude ser fideicomisario, en el momento de la incapacitación habría que entregarle su parte de legítima estricta y, en esa parte, quedaría resuelto el fideicomiso. Si sólo había un fideicomisario y éste es incapacitado, ocurriría lo mismo, pero concluiría el fideicomiso íntegramente".

[294] Como ya vimos, para la regulación de la ley 41/2003, referida al incapacitado judicialmente, en ese sentido se pronuncia MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 81 y 82.

[295] PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 438.

segundo llamado, el fideicomisario, va a recibir una cantidad indeterminada, porque lo estará en función del uso que el fiduciario haga de la facultad dispositiva que le haya otorgado el testador.

A diferencia del régimen previsto en la sustitución fideicomisaria, en el fideicomiso de residuo existe una indeterminación inicial de los bienes que recibirá el fideicomisario porque dependerá de las facultades dispositivas que disponga el fiduciario y del ejercicio del mismo que lleve a cabo."

Incluso cabe la posibilidad que el fideicomisario no reciba ningún bien. Eso sucedería en el supuesto de que el fiduciario hubiese recibido como herencia, el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su parte del tercio de legítima estricta, todo ello en plena propiedad, y la parte de legítima estricta de los demás legitimarios, como fiduciario de residuo, en la modalidad *si aliquid supererit,* y dispusiese, aunque fuese a título oneroso, de toda la herencia, ello supondría la desheredación *de facto* de sus colegitimarios sin discapacidad, que serían los fideicomisarios.

Al igual que respecto de la regulación de la Ley 41/2003, podemos plantearnos que sucedería si, por algún motivo, faltase algún fideicomisario.

En aplicación del artículo 784 del Código Civil, si algún heredero fideicomisario, habiendo sobrevivido al testador, muere antes que el fiduciario, los bienes objeto del fideicomiso que hubieren correspondido al citado fideicomisario irán a parar a sus herederos, cuando fallezca el fiduciario[296].

[296] Como ya vimos, para la regulación de la ley 41/2003, referida al incapacitado judicialmente, en ese sentido se pronuncia, COBACHO GÓMEZ, J. A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el Derecho de sucesiones; cuestiones actuales y perspectivas de*

En el supuesto que un fideicomisario muriese antes que el testador, su derecho a la sucesión no llegaría a nacer, de modo que, salvo que jugara el derecho de representación, su parte acrecería (en sentido amplio, no técnico) a los demás herederos forzosos[297]. Lo mismo que en caso de premoriencia sucedería en los de desheredación o renuncia, y siempre sin perjuicio del derecho de representación[298]**.** En el caso de que un fideicomisario renunciare a su porción de legítima, según lo dispuesto en el artículo 985.2, "sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*".*

Como ya dijimos en el apartado anterior relativo a la regulación de la Ley 41/2003, partiendo de la base de que el fideicomisario a quien sucede es al fideicomitente, no al fiduciario, podemos distinguir dos fases en su posición jurídica: la primera fase, que podríamos denominar fase fiduciaria y la segunda fase,

---

futuro, coordinador: Rebolledo Varela, A.L., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 376, quien dice: "teniendo en cuenta el perjuicio que sufren los coherederos forzosos no incapacitados, debe abogarse por entender que se aplica el artículo 784 CC lo que comporta que los fideicomisarios tienen derecho a los bienes fideicomitidos desde la muerte del ascendiente fideicomitente"; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.. 94 y 95; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 190.

[297] Como ya vimos, para la regulación de la ley 41/2003, referida al incapacitado judicialmente, en ese sentido se manifiesta MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 94, quien añade: "de este modo, al disminuir el número de legitimarios, aumentará proporcionalmente la cuota de cada uno de ellos en la legítima estricta, recibiéndola de forma inmediata y sin gravamen, el fiduciario y de forma aplazada, los fideicomisarios, puesto que este incremento de su legítima quedaría afectado, en cuanto tal legítima por la sustitución fideicomisaria; lógicamente, si la sustitución sólo afectaba a una parte de su legítima, en esa misma proporción quedará gravada y, por tanto, aplazada, la parte acrecida".

[298] Como ya vimos, para la regulación de la ley 41/2003, referida al incapacitado judicialmente, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 94.

que comienza en el momento en el que, una vez extinguida aquella, el fideicomisario pasa a ser efectivamente heredero.

La primera fase abarcaría desde la muerte del causante fideicomitente, hasta la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: la muerte del fiduciario, el fin del plazo fijado por aquél, la renuncia del fiduciario a su derecho (es decir al gravamen sobre la legítima estricta de los colegitimarios) o, en su caso, el cese de la discapacidad del fiduciario[299]. La segunda fase empezaría a partir de ese momento.

Hay que destacar como novedad que el nuevo artículo 808 C.C. se refiere expresamente a la posibilidad de que el fideicomisario impugne el gravamen impuesto por el testador. Dicha cuestión aparece reflejada en el párrafo quinto del citado artículo 808, que, como ya conocemos, dispone que "cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique". ¿A qué se está refiriendo el legislador cuando dice "que no concurre causa que la justifique"?; ¿puede que se refiera a la necesidad del fiduciario por carecer de recursos económicos para llevar una vida normal?. Se puede pensar que el legislador insinúa como causa esa situación de necesidad, pero no lo dice expresamente[300].

---

[299] Como ya vimos, para la regulación de la ley 41/2003, referida al incapacitado judicialmente, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.127.

[300] Sobre este tema, escribe DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 949, "…pero no establece el texto que sea en caso de necesidad, lo que podría deducirse de lo que expresa más adelante en el párrafo siguiente que, entiendo, es lo que quiere el legislador, pero no se especifica con claridad.

En nuestra opinión, es razonable pensar que puede resultar excesivo gravar a los colegitimarios con un fideicomiso de residuo que permita al fiduciario enajenar los bienes (aunque sólo sea a título oneroso) cuando no tenga necesidad de ello, por tener, por ejemplo, un patrimonio independiente propio, o por tener un trabajo bien remunerado, o por ser beneficiario de prestaciones públicas o de seguros o planes de pensiones. En todos esos supuestos se podría defender la posibilidad de impugnación por parte de los fideicomisarios[301].

En todo caso, la redacción dada por el legislador al párrafo quinto del artículo 808 puede ser origen de una gran litigiosidad, por las abiertas posibilidades de impugnación que permite a los colegitimarios que vean gravada su legítima estricta.

Pensamos que, para evitar esos posibles litigios futuros, el legislador debería haber concretado más la causa justificadora de la

---

…Nada se dice en cuanto a quien deba controlar esa necesidad, si existe algún orden en cuanto a disposición de los bienes, si puede limitarse a parte del patrimonio, si se aplica la sustitución a los bienes que vengan a sustituir los enajenados, tratamiento de los abusos, y muchos más. La falta de regulación en general que dedica el Código al fideicomiso de residuo traslada los problemas y escollos que habitualmente se plantea la doctrina a este supuesto particular, lo que, sin duda alguna, aumenta la hipotética litigiosidad, mermando las posibilidades prácticas de uso de esta institución a no ser que exista una previsión expresa en el testamento del tratamiento de la mayor parte de estas cuestiones."

[301] De ese parecer es, también, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág.951, quien escribe "intuyo que la intención del texto está en que se pudiera llegar a demostrar que no hay necesidad en el fiduciario a la hora de enajenar los bienes que forman el fideicomiso, y que en tal caso resultaría excesivo que se gravase a sus colegitimarios, a lo que se refiere con que no concurra causa que la justifique, pero insisto, no se ha mencionado previamente la necesidad, ni tan siquiera aparece esa palabra."

impugnación por parte del hijo colegitimario gravado con un fideicomiso de residuo.

4.- Algunas consideraciones sobre el OBJETO de la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta

4.1 Algunas consideraciones sobre el OBJETO, conforme a la Ley 41/2003

De entre las posibles cuestiones que se pueden tratar sobre el objeto de la sustitución fideicomisaria, vamos a referirnos a algunas de ellas.

4.1.1 ¿Debe recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede recaer sólo sobre parte de dicho tercio?

La doctrina se decanta por considerar que dependerá de la voluntad del testador si la sustitución fideicomisaria prevista en la Ley 41/2003 recaerá sobre todo el tercio de legítima estricta, o recaerá sólo sobre parte de dicho tercio.

También hay casi unanimidad doctrinal en considerar que dicha sustitución fideicomisaria deberá afectar por igual a todos los fideicomisarios, no pudiendo el testador imponer un mayor gravamen sobre la parte de legítima estricta correspondiente a un fideicomisario, que sobre la parte que corresponda a otro, y todo ello por no ser ésta la finalidad de la reforma realizada por la Ley 41/2003[302].

En ese sentido, argumenta MARTÍN MELÉNDEZ[303]: "ahora bien, la afirmación de que la sustitución sólo puede recaer sobre la legítima estricta *de los legitimarios no incapacitados*, no implica que

[302] En ese sentido, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p. cit, pág. 126.

[303] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 99 y 100.

aquella deba gravar ésta por entero, sino que, conforme al principio de que quien puede lo más, puede lo menos, cabrá constituir la sustitución fideicomisaria sobre *parte* de tal legítima (la mitad, un tercio…), pero siempre que todos los legitimarios no incapacitados la sufran por igual, es decir, en la misma proporción, ya que, como hemos manifestado en varias ocasiones, la posibilidad de constituir esta sustitución sobre la legítima tiene como única justificación el beneficio del hijo o descendiente incapacitado, no pudiendo servir de medio para perjudicar a unos legitimarios no incapacitados, respecto de otros. ….lo importante es que todos los fideicomisarios se vean afectados por la sustitución en la misma proporción y de la misma forma."

En la misma línea, indica ESPEJO Y LERDO DE TEJADA [304] que "igualmente tampoco consideramos dudoso que el gravamen no tiene por qué extenderse a la totalidad de la cuota de legítima estricta, sino que puede afectar sólo a una parte de ella".

Entre otros autores que siguen la postura anterior[305], podemos mencionar a NANCLARES VALLE[306] que dice que "el testador

[304] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., pág. 143.

[305] Así, podemos destacar entre los autores que siguen esa postura a RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, vol II,* op. cit. pág. 2007, que indica: " a nuestro juicio, la sustitución fideicomisaria podrá o no afectar al tercio de legítima estricta, según fuere la voluntad del testador, que podrá designar fiduciario al descendiente incapacitado en menos de lo que supone la legítima estricta y prever que la porción que en la misma corresponde al legitimario incapacitado no quede afecta a la sustitución fideicomisaria"; RIPOL SOLER, A., "La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.c.: Fideicomiso de residuo", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, nº 114, 2005, pág. 825, que manifiesta que "el testador puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, pero no se le impide que se imponga sólo sobre una parte del mismo, pues tratándose de un gravamen debe interpretarse restrictivamente, y, por otro lado pudiendo lo más (gravar la legítima estricta), puede lo menos (gravar sólo una

puede constituir una sustitución fideicomisaria cuyo objeto no sea la totalidad del tercio de legítima estricta sino tan solo una parte del mismo, pudiendo de esta manera moderar y controlar el sacrificio que, por su deseo de proteger al incapacitado, impone a los legitimarios no incapacitados. (…) Lo que sí es determinante en estos casos es que la sustitución fideicomisaria afecte a todos los legitimarios no incapacitados por igual…"

Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ[307] sigue la postura anterior en cuanto a que el testador podrá decidir libremente si establece la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta o sobre parte de éste, pero sin embargo discrepa en cuanto a que dicha sustitución tenga que perjudicar a todos los fideicomisarios por igual: "claro es que el testador podría disponer lo contrario, es decir que el fideicomiso recayese sólo sobre la legítima estricta de los fideicomisarios o de algunos de ellos…". PEREÑA VICENTE [308] parece coincidir con la anterior opinión de LEÑA FERNÁNDEZ.

---

parte). En el caso de que sólo se establezca sobre una parte de la legítima estricta entiendo que deberá afectar por igual a todos los colegitimarios, pues lo que la nueva regulación permite es un nuevo gravamen sobre la legítima estricta, no en cambio unas nuevas facultades de desigualación para el ascendiente".

[306] NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, o.p. cit., pág. 145.

[307] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 203.

[308] PEREÑA VICENTE, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", op. cit., págs. 2 y 3, parece coincidir con LEÑA FERNÁNDEZ, cuando afirma que "no aclara la reforma si la sustitución podrá afectar parcialmente a la legítima estricta. Entendemos que no hay obstáculo para que, si esa es la intención del testador, sólo resulte gravada una parte de la legítima estricta que corresponde a los coherederos, ya sea porque sólo se impone ésta respecto a alguno de ellos o porque sólo se imponga respecto de una parte de la legítima de cada uno. Quien puede lo más puede lo menos"

Nosotros compartimos la postura de la mayoría de nuestra doctrina y creemos que la sustitución fideicomisaria prevista en la Ley 41/2003 no puede servir para que algunos de los herederos forzosos sean designados fideicomisarios, y otros no lo sean. Si el testador establece dicha sustitución fideicomisaria, gravará por igual a todos los herederos forzosos no incapacitados, siempre en el porcentaje de legítima estricta que él haya determinado, porcentaje que no tiene por qué ser el cien por cien de dicho tercio, sino que depende única y exclusivamente de su voluntad[309].

4.1.2 ¿Puede recaer sobre la legítima estricta del incapacitado judicialmente?

Sobre esta cuestión hay discrepancia entre los autores. Vamos a referirnos a continuación a las distintas corrientes doctrinales.

Un sector de la doctrina, quizás mayoritario, considera, acertadamente, en nuestra opinión, que la sustitución fideicomisaria no podrá gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado.

[309] En ese sentido, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit, pág. 128; también podemos destacar los argumentos de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Artículo 808", *Código civil comentado*, Volumen II, directores: Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011, pág. 797, que expone: "¿puede el causante elegir a cuál de sus legitimarios no incapacitados "castiga" con el gravamen? La redacción del art. 808.3 C.c. parece dar a entender que esta facultad no está reconocida al causante, lo cual puede estar justificado en el hecho de que dicha facultad como un mecanismo para beneficiar al incapacitado, pero no para perjudicar a los legitimarios que no lo sean. Y es obvio que el incapacitado no obtiene ningún beneficio adicional por el hecho de que la carga fideicomisaria afecte a uno sólo de los colegitimarios y no a todos".

En ese sentido se manifiesta la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN[310], al decir que la forma de delimitar los grupos de fiduciarios y fideicomisarios del artículo 808.3 hace entender que la facultad reconocida al testador no ampara, sin embargo, la posibilidad de ordenar una sustitución fideicomisaria que grave la legítima de hijos o descendientes incapacitados aunque se establezca en beneficio de otros hijos o descendientes en quienes concurran la misma circunstancia[311]; o lo que es lo mismo, si a la sucesión concurren varios legitimarios incapacitados judicialmente juntamente con otros que no lo están, y el testador decide hacer

[310] Vid.: RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 363.

[311] En ese sentido ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit. pág. 139, dice: "Tenemos que convenir en que esto es lo que parece deducirse de la literalidad de la norma ("siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados", dice el art. 808,3 CC). La solución quizá no concuerda bien con el designio del legislador de dotar de mayor margen de maniobra al causante, pues bien podría suceder que la situación personal o patrimonial de los diferentes incapacitados no sea idéntica y que ello conllevara la necesidad de proteger especialmente a alguno de ellos. Sin embargo, insistimos, como los incapacitados sólo vienen contemplados en la norma como fiduciarios, habrá que entender que o bien el testador los nombra como tales a todos ellos, o bien atribuye su legítima estricta a los que no quieran ser fiduciarios. En este último caso, la facultad de gravar la legítima no podrá alcanzar a todo el tercio de legítima estricta"; también podemos destacar, en ese sentido, a PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, op.cit. pág. 695, quien afirma que "no podrá gravar la parte de legítima que corresponda al hijo incapacitado a favor de otro que también lo sea. La sustitución podrá recaer sobre el resto de la legítima pero dejando a salvo la parte que corresponda al hijo incapacitado".

Por su parte, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., págs. 7 y 8, dice: "De manera que el sustrato objetivo, que la norma permite que sea gravado con sustitución fideicomisaria en beneficio del incapacitado, es la legítima estricta de los demás coherederos forzosos no declarados judicialmente incapacitados o, en su caso, también la de aquellos hijos o descendientes incapacitados a quienes el disponente no vaya a beneficiar con esta medida, situación a la que tuve ocasión de referirme anteriormente."

uso de la medida prevista en los artículos 782, 808.3 y 813.2, solamente podrá designar como fideicomisarios a legitimarios no incapacitados.

En relación a lo anterior, se puede plantear la cuestión relativa a los bienes que pueden ser objeto de la sustitución fideicomisaria y que, tras la muerte del fiduciario, pasarán a los fideicomisarios. Los nuevos artículos 782 y 808.3 –que pretenden favorecer al legitimario incapacitado judicialmente- se refieren a una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Aunque dichos artículos no lo matizan, parece claro que la sustitución fideicomisaria no recaerá sobre la porción de legítima que le corresponda por derecho propio al fiduciario[312], es decir, dicha

[312] En ese sentido, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 363; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 96 y 97, dice: "Ahora bien, del hecho de que la letra de los citados artículos diga que la sustitución fideicomisaria en estudio "grava *la legítima estricta*" (a.782 C.c.) o se "establece sobre *el tercio de legítima estricta"* (a. 808, p.3 C.c.), no creemos que pueda deducirse**,** tal y como han entendido algunos autores, que esta sustitución fideicomisaria haya de recaer sobre *todo* el tercio, es decir, tanto sobre la parte correspondiente a los legitimarios no incapacitados, como sobre la parte correspondiente al incapacitado fiduciario si es legitimario, de modo que aquellos reciban al morir aquél o cumplirse el plazo fijado y de forma definitiva, no sólo la porción que por legítima estricta a ellos les correspondería, sino también la que, en otro caso, hubiese correspondido al fiduciario. No creemos admisible como argumento a favor de tal postura, el que de esta forma tanto el legitimario incapacitado como los legitimarios capacitados obtendrían una cierta mejora y un cierto perjuicio y se produciría una compensación. Por el contrario, nosotros pensamos que la sustitución fideicomisaria sólo puede gravar la parte de la legítima estricta de los fideicomisarios legitimarios, no incapacitados, de modo que sólo podrá gravar todo el tercio si el fiduciario no es legitimario".

En ese sentido se manifiesta también CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., pág. 8, que indica: "Y ello a favor del legitimario incapacitado que sí vaya a ser beneficiado, cuya porción legitimaria obviamente no se verá afectada por la sustitución, ni en consecuencia por la restitución impuesta por la institución, sino que el legitimario beneficiado va a poder disponer de ella libremente, de tal modo que

sustitución no recaerá sobre todo el tercio de legítima estricta, si no sólo sobre la porción de ella que no corresponda de forma individual -por derecho propio- al fiduciario beneficiado. Los bienes que reciba el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarán gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrán que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarán para sus propios herederos[313]. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibe libre de toda carga.

Entre los autores que defienden la postura anterior destaca ALBALADEJO[314], cuando afirma que "por supuesto, que el incapacitado al que se le nombra fiduciario recibirá en pleno dominio la parte que le corresponde en el total de los bienes integrantes de la legítima, y la sustitución fideicomisaria recaerá sobre los bienes destinados a pagar la legítima de sus colegitimarios".

---

los coherederos fideicomisarios en su día recibirán (salvo constitución de un fideicomiso de residuo, ex art. 783, párrafo 2.º, CC) su cuota legitimaria, pero nunca la porción que en concepto de legítima estricta le hubiera correspondido al incapacitado".

También es de la misma opinión POUS DE LA FLOR. M. P., "Reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, y el sistema de legítima", op.cit. pág. 689, que dice "Además, debemos considerar que el reformado artículo 782 del código civil permite que se grave la parte de legítima estricta de los coherederos, no la que corresponde al propio legitimario incapacitado, que podrá disponer de ella libremente".

[313] En ese sentido se manifiesta claramente GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op. cit., pág. 23, que dice:"…el tránsito a los fideicomisarios será de los bienes hereditarios que constituyan lo que por legítima estricta les corresponde a ellos, no el porcentaje de legítima del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la cual pasará a sus herederos".

[314] ALBALADEJO GARCÍA, M., "El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes", *Anales Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* nº 35, Madrid, 2005, pág. 43.

En el mismo sentido se manifiesta SERRANO GARCÍA[315], al exponer que "entiendo que la legítima estricta que corresponda al hijo o descendiente incapacitado, le corresponde sin gravamen, pero hay opiniones serias que entienden que la sustitución fideicomisaria puede establecerse sobre el tercio de legítima integro, de forma que no podría disponer de nada de lo que reciba por título de herencia o legado. De entenderse las cosas de la manera que señalan algunos, resultaría "desheredado" el descendiente incapacitado".

Entre los numerosos autores[316] que se incardinan dentro de la postura doctrinal que estamos exponiendo, también podemos citar a

---

[315] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 449.

[316] RAGEL SÁNCHEZ, L.F., en "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", op. cit., pág. 2007, se decantaba porque la sustitución fideicomisaria afectaría a todo el tercio de legítima estricta, incluida la parte del fiduciario incapacitado; así consideraba: "pero si el testador no se pronuncia expresamente sobre la cuestión que estamos planteando y se limita a reproducir el texto legal y nombrar al legitimario incapacitado fiduciario "sobre el tercio de legítima estricta", creemos que la sustitución fideicomisaria afectará a todo el tercio de legítima estricta y absorberá la legítima del fiduciario. Por lo tanto, al fallecer posteriormente el fiduciario, todos los bienes que componían el fideicomiso, incluida su propia legítima, pasarán a manos de los sustitutos fideicomisarios".

Posteriormente, en otro trabajo: "Artículo 808", *Comentarios al Código Civil,* Tomo IV, Director: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 5863, al estudiar nuevamente la figura cambia de opinión y considera que el fideicomiso no afectaría a la parte de legítima estricta del fiduciario incapacitado; señala que "precisamente esta última consideración es la que nos lleva a pensar que el artículo 808.III C.c. permite gravar la legítima estricta de los legitimarios no incapacitados que son nombrados herederos o legatarios fideicomisarios, pero ese gravamen no afectaría a la parte que corresponde al propio fiduciario, porque carece de sentido que resulte gravada a favor del propio titular del derecho. En consecuencia, esa parte permanecerá libre de gravámenes y pasará a los sucesores del fiduciario a su fallecimiento, sin que esos sucesores tengan que coincidir necesariamente con las personas que ostentaban la cualidad de fideicomisarios."

BOTELLO HERMOSA [317] quien afirma que " y es precisamente esta nuestra conclusión al respecto, la de considerar que la sustitución fideicomisaria especial no gravará la legítima estricta del incapacitado fiduciario, llegando a tal conclusión por todas las razones y argumentos que hemos venido manifestando al reflejar la opinión de los diversos autores que componen dicha corriente doctrinal"; y reafirma dicha opinión, indicando que "somos partidarios de que una vez fallecido el fiduciario incapacitado o si

[317] BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit, págs. 133 y 135.

Por su parte, en la pág. 134 de la citada obra, afirma que "fuera del ámbito legal, entendemos que tampoco, por sentido común, se puede gravar el tercio de legítima estricta del fiduciario incapacitado a través de una figura cuya finalidad es proteger a las personas incapacitadas" y pone una serie de ejemplos que sirven para reforzar la postura mantenida: "pongamos algunos ejemplos: hoy día nos ofrecen posibilidad de que, llegado el momento, se nos beneficie en la herencia de nuestros ascendientes con la sustitución fideicomisaria especial sobre la legítima estricta del resto de legitimarios; pero, a cambio, una vez que fallezcamos o en el hipotético caso de que recuperásemos la capacidad, nuestros hijos, descendientes, cónyuge o ascendientes, quedarían privados de heredarnos en el tercio de legítima estricta que nos correspondiese en la mencionada herencia fideicomitida, ya que nuestra porción de legítima estricta irá a parar al resto de legitimarios como compensación por el perjuicio sufrido por la sustitución fideicomisaria especial.

¿Aceptaríamos la herencia en tal supuesto? Seguramente no, ya que la gran mayoría de nosotros, debido a las consecuencias negativas que la sustitución fideicomisaria especial originaría en el futuro a nuestros seres queridos optaríamos por rechazar la figura especial a nuestro favor.

Podemos poner otros ejemplos para apoyar nuestra postura, como el caso en que el testador decida que el incapacitado fiduciario le herede, exclusivamente, mediante la sustitución fideicomisaria especial, sin favorecerlo en absoluto en el tercio de mejora ni en el de libre disposición, y al fallecer éste sus bienes fuesen a parar a los fideicomisarios como consecuencia de la sustitución fideicomisaria especial creada sobre dicho tercio. ¿acaso no estaríamos hablando de una desheredación en toda regla de los descendientes del incapacitado fiduciario? Y todo ello, a través de una medida introducida por una ley que tiene como finalidad la protección patrimonial de las personas con discapacidad e incapacitadas.

O más injusta aún sería la misma situación en la que el incapacitado sólo haya sobrevivido al testador unos meses, y, por una sustitución fideicomisaria que ha durado sólo ese tiempo, sus descendientes se vean privados de su legítima estricta"

éste recuperase su capacidad, automáticamente los fideicomisarios pasarán a obtener los bienes hereditarios que por legítima estricta le correspondiesen, sin obtener jamás el porcentaje de legítima estricta del fiduciario incapacitado, porcentaje que irá a parar a sus herederos".

Por el contrario, hay otra corriente doctrinal que entiende que la legítima estricta del fiduciario incapacitado también será gravada por la sustitución fideicomisaria que estamos estudiando; o, dicho de otra forma, que dicha legítima estricta irá a parar al resto de fideicomisarios por igual, compensándose de esta forma a aquellos herederos forzosos por haber sido perjudicados temporalmente por dicha sustitución fideicomisaria.

Entre los defensores de esta teoría podemos destacar a ESPEJO LERDO DE TEJADA[318], al afirmar que "el hecho de que se subraye en las diferentes normas que la medida legal se introduce en beneficio del incapacitado ha llevado a sostener que la legítima del incapacitado se debe percibir libre de cargas. Lo cierto es que ese argumento no nos parece decisivo, porque pudiera pensarse que justamente como compensación para los otros legitimarios por ese beneficio que viene a percibir a su costa el legitimario incapacitado, se establece el gravamen sobre la propia legítima de este último; de ese modo la utilización de la facultad ahora prevista supondría para todos los legitimarios una cierta mejora, pero también un cierto perjuicio. Esta interpretación sería la que mejor corresponde con la literalidad de las normas que hablan de gravamen de la legítima estricta (art. 782 CC) o, incluso del "tercio de legítima estricta" (cfr. art. 808,3 CC), es decir del tercio en toda

[318] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op.cit., págs. 142 y 143.

su extensión, sin distinguir entre legítima del incapacitado y la de los demás legitimarios. El hecho de que se subraye en la Ley el beneficio del incapacitado está manifestando el sentido y finalidad de la norma, y que los bienes los va a disfrutar dicha persona desde el fallecimiento del causante, a diferencia de los demás legitimarios a los que se impone una paciente espera".

También se puede incardinar dentro de esta postura doctrinal a DÍAZ ALABART[319] quien destaca que "ahora bien, como el fideicomiso recae sobre el tercio de legítima estricta (sobre todo el tercio), que corresponde por igual a todos los hijos del testador, el fideicomiso deberá ir por partes iguales a todos los coherederos, con lo que recibirá también su parte en plena propiedad el hijo incapaz que recuperó la capacidad. ….. entiendo que del texto de los artículos mencionados lo que se sigue con toda claridad es que lo que se grava es el tercio de legítima estricta, y como no se añade nada más, hay que entender que se refiere a todo el tercio de legítima estricta". De lo anterior se puede deducir claramente que la sustitución fideicomisaria también gravaría la parte de legítima estricta del incapacitado fiduciario.

Otro autor que sigue la misma postura es COBACHO GÓMEZ[320] quien afirma que en la sustitución fideicomisaria "se entenderá incluido la totalidad del tercio de legítima estricta, absorbiendo la legítima del fiduciario" por lo que "una vez que

[319] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), op. cit., pág. 2155, nota 22.

[320] COBACHO GÓMEZ, J.A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el Derecho de sucesiones; cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* op. cit. pág. 366.

fallezca éste, todos los bienes integrados en el fideicomiso irán a parar a los fideicomisarios".

Podemos destacar también la opinión de LEÑA FERNÁNDEZ[321], quien, aunque después lo matiza haciéndolo depender de la voluntad del testador, considera que la sustitución fideicomisaria también grava la legítima estricta del fiduciario incapacitado, además de la parte de legítima estricta correspondiente a los colegitimarios del mismo.

Por nuestra parte, como ya apuntamos con anterioridad, pensamos que la corriente doctrinal acertada es la que defiende

[321] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., págs. 193 y 203; indica el citado autor: "¿Dentro del fideicomiso, irá comprendida la parte correspondiente al incapacitado en el tercio de legítima estricta o ésta tiene que serle dejada en propiedad, por lo que sólo podrá gravarse con este fideicomiso la parte que corresponde en ese tercio a los colegitimarios del incapacitado? Hay una posición simple y rotunda que se posiciona a favor de la segunda posibilidad que contiene la pregunta formulada: el fideicomiso nunca puede gravar la parte de legítima estricta del incapacitado fiduciario. La ventaja de este posicionamiento es clara ya que elimina muchas dudas aunque también abre la puerta a otros problemas. Mi posición, por todo lo anteriormente argumentado, es la contraria, que estimo más flexible, mas posibilitadora de solucionas casos determinados, aunque realmente, plantadora de muchas más dudas. En efecto, la Exposición de Motivos, en el párrafo antes transcrito, permite gravar con el fideicomiso que estamos contemplando "la legítima estricta" sin que se refiera esta dicción a la legítima estricta del incapacitado o a la legítima estricta de los colegitimarios del incapacitado, por lo que hay que concluir que se está refiriendo al tercio de legítima estricta en su totalidad".

Lo anterior es matizado, haciéndolo depender de la voluntad del testador, cuando dice (en la citada pág. 203): "una vez fallecido el fiduciario, los bienes fideicomitidos pasarán, por partes iguales, a los fideicomisarios. Y la pregunta es ¿qué pasa si el fiduciario tuviese hijos o cónyuge? ¿Se verían privados, en sus respectivos derechos legitimarios, de la parte de legítima estricta que hubiese correspondido a su padre o cónyuge en los bienes fideicomitidos? Entiendo que, en el supuesto general que parece contemplar la Ley, así es, ya que parece que, en este caso, está sustituyendo la propiedad de la legítima estricta que pudiese corresponder al incapacitado por el disfrute, mientras viva, de un parte mayor (el tercio de legítima estricta en su totalidad). Claro es que el testador podría disponer lo contrario, es decir que el fideicomiso recayese sólo sobre la legítima estricta de los fideicomisarios o de alguno de ellos, en cuyo caso el fiduciario transmitiría a sus herederos la propiedad de la parte suya de legítima estricta que no ha sido gravada con el fideicomiso…"

que la sustitución fideicomisaria no podrá gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado. Los bienes que reciba el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarán gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrán que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarán para sus propios herederos. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibe libre de toda carga. Ni en la Ley 41/2003 ni en el Código civil se dice que la sustitución fideicomisaria que estudiamos tenga que gravar la legítima del incapacitado fiduciario; ni que se haya de compensar a los fideicomisarios no incapacitados por el perjuicio que le supuso el gravamen de su legítima estricta. Parece de sentido común que no se pueda gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado a través de una figura cuya finalidad es proteger a las personas incapacitadas.

4.1.3 ¿Sin dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los coherederos forzosos?

Una cuestión importante es la relativa a precisar si para poder establecer la sustitución fideicomisaria que estamos estudiando es necesario, o no lo es, haber dispuesto de los demás bienes a favor del incapacitado. Sobre este tema hay una importante discrepancia doctrinal.

Parece que lo que se persigue con el artículo 808.3, al establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del incapacitado, es que se pueda mejorar la sucesión de éste más de lo permitido antes de la reforma de la Ley 41/2003, que era dejarle el tercio de libre disposición entero, el tercio de mejora entero y su parte en el tercio de legítima estricta.

Ahora, además de eso, se puede establecer una sustitución fideicomisaria sobre la parte de legítima estricta de sus coherederos forzosos y nombrarle fiduciario.

¿Sin dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los coherederos forzosos? Nosotros pensamos que no. Sólo podrá constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima corta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hayan atribuido al incapacitado. En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, autores como, MARTÍN MELÉNDEZ, SERRANO GARCÍA y O'CALLAGHAN MUÑOZ[322]. El legislador, con la reforma de la Ley 41/2003, ha alterado el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en cuanto sobre ésta, según rezaba el anterior artículo 813.2, no podía imponerse "gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". Parece de sentido común que una reforma de tal calado e importancia se haya realizado para que el incapacitado reciba más de lo que podía recibir antes de la misma. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos –con la

[322] Tienen la misma opinión: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 100; SERRANO GARCÍA, I., "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre", *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García,* Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pág. 115, entiende que el tercio de mejora y el de libre disposición han de haberse atribuido al incapacitado fiduciario; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, T.V, Derecho de Sucesiones,* Dijusa, Madrid, 2007, pág. 161;

importancia y trascendencia que ello conlleva para los mismos: privación temporal, que podría ser muy prolongada, de la misma- pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios. Del mismo parecer son, también, autores como ESPEJO LERDO DE TEJADA, NÚÑEZ NÚÑEZ y CASTILLO MARTÍNEZ [323].

[323] En ese sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op.cit., pág.121, dice: "¿Bastaría que el legitimario incapacitado percibiera un pequeño incremento respecto de lo que, en cada caso, represente su legítima estricta para justificar la existencia del gravamen de la legítima de los demás legitimarios?

Nos explicamos: el sistema actual, resultante de la reforma, no ha modificado la consistencia del tercio de libre disposición ni del de mejora, que -por tanto- se pueden seguir atribuyendo a un extraño y a un descendiente no legitimario, respectivamente. Si ello es efectivamente así en un caso concreto, es decir, si el causante ha atribuido a esas personas la totalidad de dichos tercios, ¿tiene sentido desplazar a los legitimarios a la condición de sustitutos fideicomisarios a cambio de que el incapacitado perciba, solamente, un tercio de la herencia, el de legítima estricta, y, además, gravado con un fideicomiso? ¿Podría establecerse justificadamente la sustitución fideicomisaria simplemente para desplazar de la sucesión a determinados legitimarios, relegándolos a la condición de simples sustitutos fideicomisarios, pero sin un beneficio apreciable para el descendiente incapacitado como sucedería en el ejemplo?

Nos parece obvio que semejantes resultados o finalidades no han podido estar en la mente del legislador (o al menos no deberían haber estado), porque entonces resultaría absurdo ampliar la libertad del causante del modo en que lo hace la Ley; la razón de fondo del legislador de la reforma es que se beneficie efectivamente al incapacitado, no que se le deje poco más o menos como estaba, pero perjudicando, además, al resto de los legitimarios".

Por su parte, también en ese sentido NÚÑEZ NÚÑEZ M., "Algunas reflexiones –negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 680 a 682, lo expresa de forma muy clara: "…la idea del legislador es que para conseguir esta finalidad el testador debe tener libertad de disponer prácticamente de todos sus bienes en beneficio del incapacitado judicialmente (salvo el usufructo vidual legal, y la condición de fideicomisarios de los demás legitimarios sobre la cuantía de su legítima estricta). Porque, de no ser así, de no recibir el incapacitado el máximo posible ya mencionado, si otro descendiente percibiera el tercio de libre disposición, y a otro descendiente se le atribuyera el tercio de mejora, no estaría justificado el sacrificio del sistema legitimario a cambio de casi ningún beneficio patrimonial para el incapacitado.

Además, la postura que aquí mantenemos se puede apoyar en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, según la cual: "se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, *pero sólo cuando ello beneficiare* a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado". Se puede entender que la Exposición de Motivos se refiere a que dicha sustitución fideicomisaria *beneficiare* al incapacitado más de lo el testador ya podía beneficiarlo -antes de la reforma- dejándole, aparte de su legítima estricta, los tercios enteros de mejora y de libre disposición.

Con diversos argumentos, se manifiestan en contra de la opinión aquí mantenida, importantes autores como ALBALADEJO, LEÑA FERNÁNDEZ, GONZALEZ PORRAS y GÓMEZ GÁLLIGO, entre otros[324].

Incluso podríamos pensar que, de establecer el causante esta posibilidad extrema (en que no es el incapacitado el que recibe el tercio de mejora y el de libre disposición, aunque sí percibe su cuota legitimaria en propiedad y la cuota de sus hermanos como fiduciario) se burlaría el espíritu que inspiró la modificación de los artículos del Código Civil anteriormente transcritos".

También se decanta por esa postura CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., págs. 4 y 5, que indica: "De lo que se deduce que la reforma de la normativa, referente a la sustitución fideicomisaria en el Código Civil, se orienta a la consecución del propósito de permitir que la finalidad protectora dispuesta por el causante, a favor de un descendiente incapacitado fiduciario, *pueda extenderse sobre toda la herencia*, de manera que el completo caudal hereditario del padre o ascendiente pueda destinarse a subvenir las necesidades vitales del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, pues difícilmente se entendería que se dispusiera por parte del testador del resto de su patrimonio en beneficio de sus coherederos o, más llamativamente, de otros (tercio de mejora y tercio de libre disposición, singularmente si se transmite a terceros diversos de los legitimarios), y, simultáneamente, se gravara la cuota legitimaria del resto de sus coherederos distintos del incapacitado, obligados a sufragar a costa de sus propios intereses la situación de deficiencia del beneficiario".

[324] En contra de la opinión aquí mantenida se manifiestan: ALBALADEJO GARCIA, M., "A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de

un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás, op.cit., págs. 170 y ss., quien, a pesar de su postura final contraria, sin embargo reseña argumentos favorables a la postura aquí mantenida: "Que hubiera de dejarle todo para poder, además, nombrarle fiduciario en el gravamen de esa legítima corta de los demás legitimarios, lo abonaría el que así se le deja el disfrute de legítimas cortas de otros, y parecería que esto no sea aceptable sino cuando no quedan otros bienes (el tercio libre y el de mejora) que dejarle, porque si los hay, da la impresión de ser rechazable que se pueda acudir a la legítima estricta de otros para dejar más bienes (que, por supuesto se puede pensar que, por su incapacidad, los necesita) al incapacitado.

Esto lo abonaría también otro razonamiento, el de que siendo en principio, no gravable la legítima corta, no es de creer, que aunque lo sea excepcionalmente en el caso del incapacitado, lo pueda ser si cabe dejarle otros bienes por el camino normal del tercio libre, el de mejora y el de su legítima estricta.

Ahora bien, esos dos razonamientos que he expuesto, me parece que son vencidos por…"; LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., págs. 191 y 192; GONZALEZ PORRAS, J. M., "Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas", *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba,* op. cit., págs. 708 y 709, quien argumenta "con el actual sistema hay algo que me llama la atención. Como lo único que ha cambiado es la posibilidad de cambiar la legítima corta y destinarla en su totalidad al hijo o hijos incapacitados, en los otros dos tercios sigue lo mismo que antes con lo que poco favor se hace si el testador se limitase a recoger solamente la modificación. No creo que esa sea la idea del legislador, pero lo cierto es que lo deja en manos del testador que puede dejarle todo al incapacitado o solamente el tercio de legítima estricta"; PEREÑA VICENTE, M., A*sistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil,* Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 128, afirma que " la ley no obliga al testador cuando impone una sustitución fideicomisaria sobre la legítima a favor del hijo o descendiente incapacitado, a dejar a éste el tercio de mejora y el de libre disposición, por lo que puede ocurrir que deje este último a un extraño y el de mejora a otro de los hijos o descendientes"; NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, op. cit., pág. 151, quien dice que "la redacción, sin embargo, es la que nos muestra el actual C.c, y con el texto de éste en la mano parece que ha de admitirse la disposición del tercio libre o del de mejora a favor de persona distinta del incapacitado. (…) Mientras tanto habrá que admitir que el legislador ha posibilitado dejar toda la herencia al incapacitado pero no lo ha impuesto como requisito para poder hacer uso de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta".

Una postura intermedia la mantiene DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2115, que

4.2 Algunas consideraciones sobre el OBJETO, conforme a la Ley 8/2021

Partiendo de lo ya expuesto respecto del objeto de fideicomiso conforme a la regulación de la Ley 41/2003, vamos a referirnos, a continuación, a dicho objeto conforme a la nueva regulación de la Ley 8/2021.

---

entiende que el tercio de mejora ha de ir necesariamente y por completo al incapacitado, pero del tercio de libre disposición el testador puede disponer como estime oportuno. Concretamente, dice la citada profesora: "Así se puede entender que para poder gravar la legítima estricta con el fideicomiso (remedio excepcional), el tercio de mejora ha de ir también para el incapacitado.

Por lo que respecta al tercio de libre disposición creo que en nada ha de verse afectado por la constitución del fideicomiso, y que el testador fideicomitente podrá disponer a su antojo de él."

Por su parte, GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 687, enero-febrero 2.005, págs. 18 y 19, dice: "Este gravamen sobre la legítima estricta puede extenderse, no obstante, también al tercio de libre disposición y a la mejora……Ahora bien, debe aclararse que se trata de una mera posibilidad y no de una imposición el que el fideicomiso especial a favor del discapacitado se extienda al tercio de libre disposición y al de mejora al mismo tiempo que al tercio de legítima estricta. Por lo que es perfectamente posible que se limite al tercio de legítima estricta y no se extienda al tercio de libre disposición (que podría atribuirse incluso a un extraño) ni al tercio de mejora (que se deje a otro hijo o descendiente). Quizás hubiera sido más lógico imponer tal fideicomiso expresamente a la totalidad de la herencia o acudir a mecanismos más razonables como la obligatoriedad de dejar el tercio de libre disposición al discapacitado".

Recientemente, indica BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidadad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p., pág. 145 que " finalizamos el presente apartado, posicionándonos en esta última corriente de autores, ya que, en nuestra opinión, el testador que constituya una sustitución fideicomisaria especial a favor del hijo o descendiente incapacitado sobre el tercio de legítima estricta, seguirá disfrutando de plena libertad para decidir a quien irá a parar el tercio de libre disposición, y a qué hijos o descendientes beneficiará con el tercio de mejora.

El motivo para pensar así no es otro que el hecho de que el legislador no haya modificado en el artículo 808 de nuestro C.c. la disposición del testador sobre el tercio de libre disposición y sobre el tercio de mejora, sino sólo y exclusivamente modificó el tercio de legítima estricta".

Como ya sabemos, la Ley 8/2021 no se refiere a persona incapacitada judicialmente si no a persona en situación de discapacidad. Ya vimos que el fiduciario no será un incapacitado judicialmente, sino una persona con discapacidad; concretamente un hijo con discapacidad. Por su parte, los fideicomisarios serán los colegitimarios (sin discapacidad) de ese hijo con discapacidad.

4.2.1 ¿Debe recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede recaer sólo sobre parte de dicho tercio?

En cuanto al objeto del fideicomiso, el nuevo artículo 808.4 del C.C. sólo dispone que "…el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad"; no especifica si puede recaer sobre todo el tercio o sólo sobre una parte del tercio de la legítima estricta de dichos legitimarios.

Respecto del objeto del fideicomiso conforme a la regulación de la Ley 41/2003, como ya expusimos, la doctrina se decantaba por considerar que dependería de la voluntad del testador si la sustitución fideicomisaria debía recaer sobre todo el tercio de legítima estricta, o sólo sobre parte de dicho tercio.

También había casi unanimidad doctrinal en considerar que dicha sustitución fideicomisaria debería afectar por igual a todos los fideicomisarios, no pudiendo el testador imponer un mayor gravamen sobre la parte de legítima estricta correspondiente a un fideicomisario, que sobre la parte que corresponda a otro[325].

[325] En ese sentido, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p. cit, pág. 126.

Como ya expusimos con anterioridad, como autores que también opinan en ese sentido podemos destacar, entre otros, los siguientes: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 99 y 100; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la

Como ya expusimos, nosotros compartimos la postura de la mayoría de nuestra doctrina y creemos que la sustitución fideicomisaria prevista en la Ley 41/2003 no podía servir para que algunos de los herederos forzosos fuesen designados fideicomisarios, y otros no lo fuesen. Si el testador establecía dicha sustitución fideicomisaria, gravaría por igual a todos los herederos forzosos no incapacitados, siempre en el porcentaje de legítima estricta que él hubiese determinado, porcentaje que no tenía por

---

reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit., pág. 143; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, vol II,* op. cit. pág. 2007; RIPOL SOLER, A., "La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.c.: Fideicomiso de residuo", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, nº 114, 2005, pág. 825; NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, o.p. cit., pág. 145.

Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág. 203, sigue la postura anterior en cuanto a que el testador podrá decidir libremente si establece la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta o sobre parte de éste, pero sin embargo discrepa en cuanto a que dicha sustitución tenga que perjudicar a todos los fideicomisarios por igual: "claro es que el testador podría disponer lo contrario, es decir que el fideicomiso recayese sólo sobre la legítima estricta de los fideicomisarios o de algunos de ellos…"; PEREÑA VICENTE, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", op. cit., págs. 2 y 3, parece coincidir con LEÑA FERNÁNDEZ, cuando afirma que "no aclara la reforma si la sustitución podrá afectar parcialmente a la legítima estricta. Entendemos que no hay obstáculo para que, si esa es la intención del testador, sólo resulte gravada una parte de la legítima estricta que corresponde a los coherederos, ya sea porque sólo se impone ésta respecto a alguno de ellos o porque sólo se imponga respecto de una parte de la legítima de cada uno. Quien puede lo más puede lo menos"

qué ser el cien por cien de dicho tercio, sino que dependía única y exclusivamente de su voluntad[326].

Respecto de la sustitución fideicomisaria prevista en la Ley 8/2021, nosotros mantenemos la misma postura que respecto del fideicomiso regulado en la Ley 41/2003. Si el testador establece una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, deberá gravar por igual a todos los colegitimarios sin discapacidad, siempre en el porcentaje que él haya determinado, porcentaje que no tiene por qué ser el cien por cien de dicho tercio, sino que depende única y exclusivamente de su voluntad. Parece razonable pensar que la única razón del testador para constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta sea para beneficiar al hijo con discapacidad, pero ello no puede servir de medio para perjudicar a unos colegitimarios sin discapacidad, respecto de otros colegitimarios en la misma situación; lo coherente es que todos los fideicomisarios se vean afectados por la sustitución en la misma proporción y de la misma forma[327].

---

[326] Como ya expusimos, en ese sentido se pronunciaba, BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit, pág. 128; también podemos destacar los argumentos de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Artículo 808", *Código civil comentado*, Volumen II, directores: Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011, pág. 797.

[327] Escribe DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 946, "considero que la excepciones contenidas en el art. 813, tanto en el supuesto del usufructo del viudo como de la sustitución fideicomisaria a favor de descendientes con discapacidad, afectan a la intangibilidad cualitativa de la legítima; pero creo que la intangibilidad cuantitativa debe permanecer inquebrantable, pues nada se ha excepcionado en esta materia, no siendo posible que, a la postre, el gravamen obrado por este fideicomiso sólo afecte a algunos de los legitimarios y no a otros como sucedería si el causante mejora la posición de unos herederos

4.2.2 ¿Puede recaer sobre la legítima estricta del hijo en situación de discapacidad?

Como ya expusimos, bajo la regulación de la Ley 41/2003, había discrepancia entre los autores sobre si el fideicomiso podía recaer sobre la parte de legítima estricta del legitimario incapacitado.

Un sector de la doctrina, quizás mayoritario, consideraba, acertadamente, en nuestra opinión, que la sustitución fideicomisaria no podría gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado[328].

Conforme a la regulación de la Ley 41/2003, los artículos 782 y 808.3 –que pretendían favorecer al legitimario incapacitado judicialmente- se referían a una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. Aunque dichos artículos no lo matizaban, parecía claro que la sustitución fideicomisaria no recaería sobre la porción de legítima que le correspondiese por derecho propio al fiduciario[329], es decir, dicha sustitución no recaería sobre todo el tercio de legítima estricta, si no sólo sobre la porción de ella que no

---

forzosos respecto de los demás. Es sabido, por otra parte, la tendencia que tiene el Código a que las atribuciones a favor de legitimarios sean imputadas a su legítima, precisamente por la presencia del mencionado principio de trato igualitario."

[328] Como ya vimos, en ese sentido se manifestaban, entre otros, los siguientes autores: RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 363; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op. cit. pág. 139; PEREÑA VICENTE, M., "La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, op.cit. pág. 695.

[329] Como ya vimos, en ese sentido se manifestaban, entre otros, los siguientes autores: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 96 y 97; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., pág. 8; POUS DE LA FLOR. M. P., "Reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, y el sistema de legítima", op.cit. pág. 689.

correspondiese de forma individual -por derecho propio- al fiduciario beneficiado. Los bienes que recibiese el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarían gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrían que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarán para sus propios herederos[330]. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibiría libre de toda carga[331].

Por el contrario, había otra corriente doctrinal que entendía que la legítima estricta del fiduciario incapacitado también sería gravada por la sustitución fideicomisaria; o, dicho de otra forma, que dicha legítima estricta iría a parar al resto de fideicomisarios por igual, compensándose de esta forma a aquellos herederos forzosos por haber sido perjudicados temporalmente por dicha sustitución fideicomisaria[332].

---

[330] Como ya vimos, en ese sentido se manifestaba claramente GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op. cit., pág. 23.

[331] Como autores que podríamos incardinar en ese parecer, ya señalamos, entre otros, a los siguientes: ALBALADEJO GARCÍA, M., "El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes", *Anales Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* nº 35, Madrid, 2005, pág. 43; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 449; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* op. cit, págs. 133 y 135.

[332] Ente los autores que defendían dicha postura, ya destacamos los siguientes: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op.cit., págs. 142 y 143; COBACHO GÓMEZ, J.A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el Derecho de sucesiones;* DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), op. cit., pág. 2155, nota 22.

Como ya apuntamos en el apartado anterior, nosotros pensamos que la corriente doctrinal acertada era la que defendía que la sustitución fideicomisaria no podría gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado. Los bienes que recibiese el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarían gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrían que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarían para sus propios herederos. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibiría libre de toda carga. Ni en la Ley 41/2003 ni en el Código civil se decía que la sustitución fideicomisaria estudiada tuviese que gravar la legítima del incapacitado fiduciario; ni que hubiese que compensar a los fideicomisarios no incapacitados por el perjuicio que le supuso el gravamen de su legítima estricta. Parece de sentido común que no se pudiese gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado a través de una figura cuya finalidad era proteger a las personas incapacitadas.

A continuación, vamos a referirnos a la cuestión que estamos tratando pero bajo la nueva regulación de la Ley 8/2021.

Obviamente, tenemos que partir del texto del artículo 808.4 del C.C. que, como sabemos, dispone que “cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad”.

En este caso, parece que el legislador ha resuelto la cuestión planteada, ha sido más preciso que el legislador de la Ley 41/2003 (el anterior art. 808.3 sólo decía que “…el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, …”, sin precisar si se refería a todo el tercio de legítima estricta, o sólo a la parte de los coherederos forzosos), ya que expresamente

dice que el testador podrá disponer en favor del legitimario en situación de discapacidad "de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad"; luego, obviamente, la parte de legítima estricta del legitimario o legitimarios en situación de discapacidad no podrá ser gravada con la sustitución fideicomisaria de la que trata el citado artículo. Aquí, el legislador ha precisado que la sustitución fideicomisaria sólo recaerá sobre "la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad". En consecuencia, queda expresamente claro que el hijo fiduciario recibirá su parte de legítima estricta libre de sustitución fideicomisaria y de cualquier otra carga[333], y, en consecuencia, podrá quedar para sus propios herederos.

4.2.3 ¿Sin dejar al hijo en situación de discapacidad el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le puede nombrar fiduciario en el fideicomiso que grave la legítima corta de los colegitimarios?

Como ya expusimos, bajo la regulación de la Ley 41/2003, había discrepancia entre los autores sobre si el causante tenía que dejarle al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, para poder nombrarlo fiduciario en el fideicomiso que gravase la legítima corta de los coherederos forzosos.

Parece que lo que se perseguía con el anterior artículo 808.3 C.C., al permitir establecer una sustitución fideicomisaria sobre el

[333] Aparte de por lo dispuesto en el artículo 808.4 C.C., por lo que establece el actual artículo 813.2, en el sentido de que el testador "tampoco podrá imponer sobre ella - la legítima- gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808".

tercio de legítima estricta a favor del incapacitado, era mejorar la sucesión de este más de lo que estaba permitido antes de la reforma de la Ley 41/2003, que era dejarle el tercio de libre disposición entero, el tercio de mejora entero y su parte en el tercio de legítima estricta. Con la reforma de la citada Ley 41/2003, además de eso, se podía establecer una sustitución fideicomisaria sobre la parte de legítima estricta de sus coherederos forzosos y nombrarle fiduciario.

Tal como ya dijimos, nosotros pensamos que, para poder nombrarle fiduciario en el fideicomiso que gravase la legítima corta de sus coherederos forzosos, había que dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta. En el mismo sentido se manifestaban, entre otros, autores como, MARTÍN MELÉNDEZ, SERRANO GARCÍA y O'CALLAGHAN MUÑOZ[334].

El legislador, con la reforma de la Ley 41/2003, alteró el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en cuanto sobre ésta, según rezaba el anterior artículo 813.2, no podía imponerse "gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". Parece de sentido común que una reforma de tal calado e importancia se realizase para que el incapacitado recibiese más de lo que podía recibir antes de la

[334] Vid: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 100; SERRANO GARCÍA, I., "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre", *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García,* Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pág. 115, entiende que el tercio de mejora y el de libre disposición han de haberse atribuido al incapacitado fiduciario; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, T.V, Derecho de Sucesiones,* Dijusa, Madrid, 2007, pág. 161.

misma. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos –con la importancia y trascendencia que ello conlleva para los mismos: privación temporal, que podría ser muy prolongada, de la misma- pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios. Del mismo parecer eran, también, autores como ESPEJO LERDO DE TEJADA, NÚÑEZ NÚÑEZ y CASTILLO MARTÍNEZ [335].

Por el contrario, como ya expusimos, se manifestaban en contra de la opinión anterior, importantes autores como ALBALADEJO, LEÑA FERNÁNDEZ, GONZALEZ PORRAS y GÓMEZ GÁLLIGO, entre otros[336].

---

[335] Vid: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", op.cit., pág.121; NÚÑEZ NÚÑEZ M., "Algunas reflexiones –negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 680 a 682; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., págs. 4 y 5

[336] Vid: ALBALADEJO GARCIA, M., "A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado la legítima estricta de los demás, op.cit., págs. 170 y ss., LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op.cit., págs. 191 y 192; GONZALEZ PORRAS, J. M., "Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas", *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba,* op. cit., págs. 708 y 709; PEREÑA VICENTE, M., A*sistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil,* Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 128,; NANCLARES VALLE, J., "La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada", *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, op. cit., pág. 151; GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del

A continuación, vamos a referirnos a la cuestión que estamos tratando, pero bajo la nueva regulación de la Ley 8/2021.

Como hemos visto en el subapartado anterior, el legislador de 2021 ha resuelto, en sentido negativo, la cuestión sobre si el fideicomiso podría recaer sobre la parte de legítima estricta del hijo en situación de discapacidad. Dicho gravamen sólo podrá sobre "la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad", según aclara el nuevo artículo 808.4 del C.C.

Por el contrario, la Ley 8/2021 no aporta una solución clara a la cuestión ahora tratada de si para nombrar fiduciario al hijo en situación de discapacidad en la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad, es necesario dejarle también los tercios de libre disposición y de mejora[337].

El legislador de 2021 ha mantenido –con algunos cambios- el gravamen sobre la legítima estricta que instauró por primera vez la Ley 41/2003, lo que suponía alterar el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima. Como ya dijimos respecto de la reforma introducida por la Ley

---

discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 687, enero-febrero 2.005, págs. 18 y 19; BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidadad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* o.p., pág. 145.

[337] Sobre este tema escribe DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 943, que "no se ha detenido el legislador en poner solución a una de las principales incógnitas que planteaba la regulación anterior respecto de si para hacer uso del gravamen sobre la legítima estricta era o no necesario dejar al descendiente incapacitado –ahora persona con discapacidad o dependencia- también el tercio de mejora y el de libre disposición, o cuanto menos el de mejora. No ha podido contarse con ningún pronunciamiento judicial esclarecedor al respecto, lo que confirma la idea de que se trata de una figura infrautilizada en la práctica y que intenta evitarse por su complejidad, continuando presente uno de los principales escollos en cuanto a su aplicabilidad real y práctica".

41/2003, parece de sentido común que mantener una reforma de tal calado e importancia sea para que el hijo en situación de discapacidad pueda recibir más de lo que podía recibir antes de la reforma introducida por la citada Ley 41/2003. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios.

¿Parece lógico dejar el tercio de mejora a un legitimario y el tercio de libre disposición a cualquier otra persona y, para beneficiar a un hijo en situación de discapacidad, en vez de utilizar aquellos tercios -total o parcialmente, al menos-, gravar la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad con un fideicomiso de residuo? Quizás la respuesta negativa sea la más acertada. Aunque la Ley 8/2021 no aporta una solución clara y rotunda sobre el tema, nos parece que lo más correcto para nombrar fiduciario a un hijo en situación de discapacidad en un fideicomiso sobre la legítima estricta de sus colegitimarios sin discapacidad, sea dejarle también, los tercios de mejora y de libre disposición.

En ese mismo sentido se manifiesta también DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[338], cuando escribe "personalmente, me alineo con quienes entienden que la excepcionalidad del gravamen sólo podría justificarse si se deja la totalidad de la herencia a la persona con discapacidad, no permitiéndose que el testador anteponga sus intereses personales a los de los

[338] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", op.cit, pág. 944.

legitimarios, privándoles de su derecho para beneficiar a otros, ni siquiera en el caso del cónyuge, pues seguimos bajo el paraguas de un riguroso sistema de legítimas que no ha cambiado pese a la reforma operada.

Por tanto, no creo posible recurrir a argumentos que aboguen por mantener algo de libertad para el testador, pues si, en teoría, se trata de beneficiar a las personas con discapacidad mediante una excepción absoluta a los principios que disciplinan las legítimas, me cuesta entender que, además, se posibiliten las disposiciones a favor de extraños a costa de los derechos de los legitimarios."

En conclusión, nosotros pensamos que, lo más coherente para nombrar fiduciario a un hijo en situación de discapacidad en el fideicomiso que grave la legítima estricta de sus colegitimarios sin discapacidad, es dejar a aquel el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta.

5.- Consideraciones finales

5.1 Consideraciones finales respecto de la Ley 41/2003

La reforma que la Ley 41/2003 realizó en el Código civil, permitiendo la constitución de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, no merece un juicio favorable, entre otras, por las siguientes razones.

En primer lugar, se trata de una reforma parcial del Derecho de sucesiones, que supone alterar el principio tradicional de la intangibilidad de la legítima; ello provoca la ruptura de la coherencia interna del sistema legitimario del Código civil.

Lo expresa con palabras acertadas la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[339], al afirmar que "se trata de una norma que provoca la ruptura de la coherencia interna de un sistema de tan honda y arraigada tradición como el sistema legitimario del Código civil, obligando a reinterpretar otras muchas normas relativas a las legítimas (no sólo las referentes a la legítima estricta, sino también a las que afectan a la mejora, e incluso a la parte de libre disposición, a la imputación, a la desheredación…) para adecuarlas a una situación totalmente ajena a aquella para cuya aplicación fueron concebidas".

En el mismo sentido se manifiestan, con rotundidad, los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[340] , cuando dicen que" .... se rompe, sin haber hecho previamente un estudio serio, el sistema legitimario del Código civil, en beneficio de un sistema que se va dibujando, que es el de libertad de testar, lo cual, desde un punto de vista político-jurídico, tampoco resulta especialmente claro"

La reforma del sistema legitimario del Código civil, si es que se considera conveniente, debería hacerse de forma global, no a modo de parches aislados como el que supone la reforma de 2003[341].

---

[339] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág. 154; quien añade en las páginas 155 y 156 que " la ruptura del sistema legitimario no puede justificarse existiendo tan pocos beneficios y tan numerosos inconvenientes; tampoco puede hacerse de forma tan simple, sin reparar en que está constituido por un conjunto de piezas engarzadas entre sí y en que la modificación de una de ellas hará que ya no puedan encajar todas las demás".

[340] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág. 109.

[341] Sobre este tema escribe DÍAZ ALABART, S, "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) op. cit., págs. 269 y 270,

En segundo lugar, en la mayor parte de las ocasiones, el beneficio económico que obtendría el incapacitado fiduciario no sería muy importante. En el supuesto de que existan dos hijos, el incapacitado y un hermano no incapacitado, el beneficio obtenido por aquel sólo supondría una sexta parte del patrimonio hereditario, ya que -incluso antes de le reforma estudiada- el testador es libre de dejarle al incapacitado el tercio de libre disposición y el de mejora[342].

A pesar de suponer la ruptura del sistema legitimario del Código civil, la reforma no supone una gran mejoría en la situación del incapacitado, si se la compara con aquella a la que podría aspirar antes de la misma. Tal como hemos apuntado más arriba, incluso antes de la reforma, el fiduciario incapacitado podía verse favorecido por el tercio de libre disposición y el de mejora. Ahora, tras la reforma, solo puede ver aumentada su cuota en la herencia, en la parte de legítima estricta que corresponda a los legitimarios

---

que "aceptando plenamente la necesidad de modificar el sistema de legítimas de los descendientes en el Código civil para permitir una mayor libertad de disposición del causante, debería haberse acometido una verdadera reforma, y no hacerlo así, como un parche en un caso concreto".

Por su parte GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", op. cit., pág. 26, dice:" lo único que corresponde ahora es reclamar un debate más amplio sobre la naturaleza de la legítima en el Código civil, rechazando estas reformas parciales del Código civil efectuadas por leyes que nada tenían que ver con esta institución hereditaria".

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 155 y 156, escribe que "la reforma del sistema legitimario, si es que se entiende oportuna y conveniente debería hacerse, no a modo de parches aislados (como el que supone la reforma de 2003), sino de forma global y detallada, atendiendo a todos los flancos, de forma que el resultado sea armónico y dotado de coherencia interna; pero esto sólo se podrá conseguir si la reforma se realiza sin prisas, sin escatimar esfuerzo y, sobre todo, meditadamente, empleando todo el tiempo que requiera asegurar un buen resultado".

[342] En ese sentido los profesores DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op.cit, pg. 109.

no incapacitados, y sometida dicha parte a la restitución a éstos. Su posición como fiduciario implica que la propiedad de los bienes que le sean adjudicados será temporal y no podrá disponer como libre de ellos, al tener que restituirlos en un momento posterior. De lo anterior podemos deducir que la sustitución fideicomisaria sobre la legítima sólo supondrá un beneficio importante para el incapacitado si recae sobre bienes que produzcan frutos, rentas o rendimientos apreciables. De lo contrario, poco mejorará la situación del fiduciario y se habrá privado temporalmente a los legitimarios no incapacitados de su legítima para nada o para poco[343].

En tercer lugar, hay que destacar que el beneficio económico que puede obtener el incapacitado tiene como contrapartida que sus colegitimarios no incapacitados se verán privados –al menos temporalmente- de su parte de legítima. Ello puede conllevar que consideren al incapacitado culpable de dicha privación y se desentiendan de él y no le presten las atenciones y cuidados necesarios[344].

---

[343] Vid.: PUIG FERRIOL, L.: "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", op. cit., págs. 298 y 299; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.155.

[344] En relación con esta cuestión, escribe NÚÑEZ NÚÑEZ, M.," Algunas reflexiones –negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., págs. 678 y 679: "Nos sumamos a los que entienden que la disposición legislativa es, al menos en muchos casos, incluso para el incapacitado, desfavorable. La constitución de este fideicomiso en beneficio del hermano incapacitado judicialmente no producirá frecuentemente, el fortalecimiento de los lazos afectivos entre éste y el resto de sus hermanos colegitimarios, que pueden sentir que han sido privados de lo que legalmente entendían que les correspondía y que en mayor o menor grado también podían necesitar. El futuro afectivo del discapacitado en relación con sus hermanos pudiera verse perjudicado por esta medida, por cuanto los hermanos despojados de su expectativa patrimonial podrían pensar que, al percibir aquél la fracción pecuniaria que les hubiera correspondido, pueden inhibirse de prestarle atenciones personales de afecto y cariño; siendo en todos

Con otras palabras, y de forma muy gráfica, expresa la misma idea la profesora MARTÍN MELENDEZ[345] cuando dice que "la relativa mejoría patrimonial que gracias a esta reforma puede experimentar el hijo o descendiente incapacitado, fácilmente provocará en la práctica, un sentimiento de desheredación injustificada entre los legitimarios no incapacitados que podrá reflejarse en un desentendimiento respecto a él –puesto que lo verán como culpable de ella- y, correlativamente, en un enfriamiento de su afecto y atenciones personales, muchas veces tan importantes o más que los medios económicos para que éstas personas se desenvuelvan en la vida feliz y satisfactoriamente".

---

los casos muchos más importantes para el desarrollo integral del incapacitado estas últimas que las crematísticas (con ser esenciales)."

En el mismo sentido se manifiestan los profesores DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op.cit, pg. 109, que indican:"Por último, aunque la Exposición de Motivos señale que la protección de los discapacitados debe hacerse con sus propios bienes y sin atender a prestaciones sociales, colocar parte de esa protección sobre las espaldas de los hermanos del incapacitado, desincentivando, de algún modo, el cuidado que deberían prestarle, no parece el mejor de los caminos posibles".

En el mismo sentido se manifiesta también CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., págs. 5, que indica "Inicialmente, el resultado de la reforma en este punto permite considerar que la consecución del propósito protector del incapacitado perseguido por la norma va a generar en la práctica no pocas situaciones de conflicto entre los coherederos, pues los no beneficiarios verán peligrar su cuota legitimaria, y ello en modo alguno puede resultar favorable al incapacitado necesitado de protección, quien lejos de gozar del apoyo familiar consolidado en un común propósito de amparo hacia sus intereses patrimoniales, con su circunstancia personal de deficiencia física o psíquica va a propiciar una situación de enfrentamiento familiar nada deseable."

[345] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.155.

En ese mismo sentido se manifiesta, entre otros autores, DÍAZ ALABART[346] cuando afirma que "en cuanto a las ventajas que se derivan de la constitución de tal fideicomiso, no será desde luego el fortalecimiento de las relaciones familiares entre el incapacitado y sus coherederos, que fácilmente entenderán que se han visto despojados de lo que les pertenecía por su causa, lo que podría ir en detrimento de las atenciones personales y afectivas que le fueran a dedicar en un futuro".

En cuarto lugar, hay que hacer hincapié en que la mejora del incapacitado se hace realmente a costa de los colegitimarios no incapacitados y sin contar con su voluntad. El Código civil permite al causante gravar la legítima estricta de aquellos, sin exigirle especiales requisitos, y sin necesidad de tener en cuenta su situación económica, que puede ser peor y más necesitada de ayuda que la del propio fiduciario incapacitado[347].

---

[346] DÍAZ ALABART, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, op. cit. pág. 268; DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", op. cit., pág. 2116.

[347] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., pág.152.

Sobre el tema, escribe NÚÑEZ NÚÑEZ, M.," Algunas reflexiones –negativas- al gravamen sobre la legítima corta después de la ley 41/2003, de 18 de noviembre", op. cit., pág. 679: "Por otro lado, el testador conoce (o cree conocer) la realidad económica de sus descendientes al momento de otorgar testamento, pero desconoce lo que el futuro deparará a unos y otros, y, al proteger al hijo incapacitado, está desprotegiendo al resto de los legitimarios descendientes. Son posible muchas hipótesis por las que los hermanos no discapacitados pueden posteriormente devenir de peor condición, incluso, que el primeramente incapacitado judicialmente: accidentes graves, enfermedades crónicas invalidantes, o enfermedades degenerativas que le aboquen a una discapacidad o incapacitación judicial. La situación de éstos últimos podría, por tanto, llegar a ser infinitamente peor que la de aquel a quien el testador quiso beneficiar. Éste último, por el contrario, y por un golpe de suerte (no está

Se puede dar una situación muy llamativa y, quizás, injusta: que teniendo una buena posición económica los hijos del incapacitado, sin embargo, sean los hermanos del citado incapacitado quienes se vean privados temporalmente de su legítima por decisión del causante, al disponer la sustitución fideicomisaria para favorecer a aquél. Ello significaría que serían los hermanos y no los hijos, quienes, de hecho, satisfarían las necesidades del incapacitado lo que conllevaría la reducción de la obligación de alimentos que, en su caso, pudiera corresponderles a los hijos del incapacitado frente a éste[348]. No parece ésta la situación más razonable y justa; teniendo posibilidades económicas suficientes, deben ser los hijos quienes se ocupen de las necesidades de su padre incapacitado, si éste carece de recursos económicos suficientes; sobre todo, si la situación económica de los fideicomisarios, hermanos de aquél, no es muy boyante.

Por último, podemos destacar una posible alternativa a la reforma realizada por la Ley 41/2003, planteada por la profesora MARTÍN MELENDEZ[349] en los siguientes términos: "si los resultados conseguidos con la reforma no justifican la alteración sufrida por el sistema de legítimas, y puesto que, al final, se ha terminado por cargar, de nuevo, las espaldas de la familia, quizá el favorecimiento de la situación patrimonial del incapacitado, si es que se quería seguir manteniendo el sistema legitimario tal cual, hubiera encontrado un ámbito más apropiado en la regulación del

---

impedido para comprar un billete de lotería), podría ver altamente mejorada su situación económica."

[348] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.152 y 153.
[349] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs.156 y 157.

derecho de alimentos de los a.142 y ss., donde las perturbaciones no hubieran sido tan llamativas y hubiese podido evitarse la arbitrariedad y las situaciones injustas derivadas de no tener en cuenta la posición económica de los legitimarios no incapacitados y la del incapacitado, así como la existencia de otros parientes del incapacitado más indicados para procurar la provisión de fondos económicos al incapacitado que los demás coherederos forzosos, cuya porción legitimaria, en su caso sería tenida en cuenta –puesto que engrosaría su patrimonio-, a la hora de determinar los alimentos debidos por ellos al incapacitado necesitado".

La anterior propuesta nos parece acertada en el sentido de que no se hubiese provocado la ruptura de la coherencia interna del sistema legitimario del Código civil. Como hemos dicho más arriba, la reforma del citado sistema legitimario, si es que se considera conveniente, debería hacerse de forma global, no a modo de parches aislados como el que supone la reforma de 2003.

En todo caso, partiendo de la reforma efectivamente realizada, las posibles situaciones injustas derivadas de que el legislador no haya tenido en cuenta (al menos, no lo ha expresado en el texto de la ley) la posición económica de los legitimarios no incapacitados y la del incapacitado, se pueden evitar por el causante haciendo uso de la facultad atribuida, aplicando el sentido común y teniendo en cuenta la situación económica de todos los afectados por la sustitución fideicomisaria establecida.

5.2 Consideraciones finales respecto de la Ley 8/2021

Partiendo de lo ya expuesto respecto de la Ley 41/2003, vamos a destacar algunas cuestiones novedosas -no todas- introducidas por la nueva regulación de la Ley 8/2021.

Como ya dijimos, tras la reforma de la Ley 8/2021 tenemos que resaltar que los nuevos artículos 782 y 808 C.C. ya no se refieren a personas incapacitadas judicialmente sino a personas que se encuentren en situación de discapacidad; lo cual supone un cambio muy importante en relación a la anterior regulación de la Ley 41/2003.

Poniendo en relación la regulación de esta última Ley con la realizada por la Ley 8/2021 tenemos que destacar algunas ideas.

En primer lugar, la Ley 8/2021 sigue permitiendo alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima; posibilidad iniciada con la Ley 41/2003 y criticada por los autores.

En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que, mientras que con la reforma introducida por la Ley 41/2003, el sujeto al que se pretendía proteger era el incapacitado judicialmente, con la reforma de la Ley 41/2021 se pretende proteger a la persona en situación de discapacidad.

En tercer lugar, también es resaltable que la Ley 41/2003 supuso una reforma parcial del Derecho de sucesiones, y que la Ley 8/2021 ha modificado dicha reforma parcial, sin llegar a hacer una reforma completa de dicho sector normativo. La doctrina considera que, en caso de estimarse oportuno reformar el derecho sucesorio, sería conveniente realizar una reforma global[350].

En cuarto lugar, a diferencia de la regulación contenida en Ley 41/2003, en la que era posible favorecer a un descendiente que estuviese judicialmente incapacitado, la Ley 8/2021 excluye

[350] Como ejemplo, entre otros autores, podemos reseñar los antes citados MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* op.cit., págs. 155 y 156; y DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, op. cit., pág. 109.

expresamente a los descendientes del testador que no tengan la condición de legitimario de aquél, ya que solo podrá otorgarse a favor de los hijos con discapacidad.

Es decir, se acotan los posibles beneficiarios del establecimiento del fideicomiso, limitándolos a los hijos con discapacidad del testador. Es decir, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá ser favorecido con el establecimiento del fideicomiso, aunque se encuentre en una situación de discapacidad.

En quinto lugar, hay que destacar que tras la reforma de la Ley 8/2021, el artículo 808.4 C.C menciona, por primera vez, el fideicomiso de residuo.

Bajo la normativa de la ley 41/2003 había discrepancia doctrinal sobre la posibilidad de que el fideicomiso establecido por el fideicomitente pudiese ser de residuo, aunque, como expusimos anteriormente, nuestra opinión era contraria a dicha posibilidad.

Por el contrario, conforme a la ley 8/2021, es el propio legislador en el artículo 808.4 del C.C. el que establece que el fideicomiso sea de residuo, salvo disposición contraria del testador; es decir, establece una presunción *iuris tantum* a favor del fideicomiso de residuo.

En el nuevo artículo 808.4 C.C., se debe entender que el legislador ha optado por el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo): “el hijo beneficiado” no podrá disponer “ni a título gratuito ni por acto *mortis causa”*, pero si podrá disponer a título oneroso. Se establece la prohibición de las transmisiones *mortis*

causa e *inter vivos* gratuitas y la subrogación real, tal como indica PLANAS BALLVÉ[351].

En el supuesto de que el fiduciario hubiese recibido como herencia, el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su parte del tercio de legítima estricta, todo ello en propiedad, y la parte de legítima estricta de los demás legitimarios, como fiduciario de residuo, en la modalidad *si aliquid supererit,* y dispusiese, aunque fuese a título oneroso, de toda la herencia, ello supondría la desheredación *de facto* de sus colegitimarios; y sería una causa de desheredación *de facto* no recogida expresamente por la ley; y el artículo 848 del Código civil dice claramente que "la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley". No habría una desheredación formal por parte del testador, pero a efectos prácticos se llegaría al mismo resultado. Ello podría posibilitar una impugnación por parte de los colegitimarios afectados, los fideicomisarios.

Este fideicomiso de la Ley 8/2021 se configura como una excepción al principio general de la intangibilidad de la legítima con el fundamento de proteger al discapacitado legitimario, por lo que debemos entender, en palabras de PLANAS BALLVÉ[352]que "no es preciso que el fideicomisario legitimario se configure como el sustituto vulgar del fiduciario discapacitado".

En sexto lugar, vamos a referirnos al fideicomisario. Ya vimos que el fiduciario no será un incapacitado judicialmente, sino una persona con discapacidad; concretamente un hijo con

[351] PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 442.

[352] PLANAS BALLVÉ, M., "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", op.cit., pág. 442.

discapacidad. Por su parte, los fideicomisarios serán los colegitimarios (sin discapacidad) de ese hijo con discapacidad, quienes recibirán una legítima aplazada en el tiempo, en el supuesto de que el testador haya dispuesto que el fideicomiso no sea de residuo; o lo que pudiera quedar de los bienes hereditarios en el caso de que se tratase de un fideicomiso de residuo, pudiendo llegar a constituir una desheredación *de facto* si dicho fideicomiso fuese de la modalidad *si aliquid supererit.*

Del texto del artículo 808.4 C.C. (… el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad) parece claro que no podrá ser fideicomisario otro hijo con discapacidad.

Por tanto, fideicomisarios pueden ser los colegitimarios sin discapacidad, sobre cuya legítima estricta, total o parcialmente, recae la sustitución. No puede ser fideicomisario un legitimario con discapacidad; éste o es fiduciario, o si no lo es, recibe, al menos, su legítima estricta de forma directa, sin gravamen, condición o término alguno.

CAPITULO IV

LA INDIGNIDAD DE QUIEN HUBIESE SIDO REMOVIDO DEL EJERCICIO DE LA CURATELA DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y DE QUIEN NO HUBIERE PRESTADO A UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD LAS ATENCIONES DEBIDAS

CAPITULO IV

La indignidad de quien hubiere sido removido del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad y de quien no hubiere prestado a una persona con discapacidad las atenciones debidas

1.- Introducción

Como ya dijimos con anterioridad, el artículo 10 de la Ley 41/2003 modificó el Código civil en materia de régimen sucesorio y dicha modificación afectó, entre otros, al artículo 756, relativo a la indignidad para suceder, al que añadió un séptimo párrafo en el que se declaraba incapaz de suceder por causa de indignidad, "tratándose de la sucesión de un persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil".

Con posterioridad, la Ley 8/2021 ha modificado el párrafo tercero del ordinal 2º y el ordinal 7º de dicho artículo 756, que quedan redactados así:

"También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo."[353]

[353] Antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, el tenor literal de este párrafo tercero del ordinal 2º del artículo 756, era el siguiente: "También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo."

“7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.”

El texto del ordinal 7º del artículo 756 no se ha reformado, pero sí su ámbito de aplicación ya que el concepto de persona con discapacidad al que se refiere es el recogido en el nuevo párrafo primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil.

En efecto, como ya dijimos en la introducción de este trabajo, para precisar el significado de “persona con discapacidad”, a efectos del ordinal 7º del artículo 756, tenemos que acudir a la Disposición Adicional Cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III, de acuerdo con la Ley 39/2006.

Por su parte, para determinar el significado de la referencia a “persona con discapacidad” recogida en el párrafo tercero del ordinal 2º del citado artículo 756, tenemos que acudir al nuevo segundo párrafo de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil, introducido por la Ley 8/2021, que dispone: “a los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”. La reforma del párrafo tercero del ordinal 2º del artículo 756 pretende adaptar el ámbito del precepto a las nuevas instituciones de apoyo, corrigiendo la referencia al tutor de la persona con discapacidad por el curador.

En cuanto a los antecedentes históricos de la indignidad, podemos apuntar que la mayoría de la doctrina es de la opinión que el Derecho romano antiguo no conoció esta figura jurídica, sino que apareció y se desarrolló en la época posclásica debido a la acción de los emperadores. Pero el Derecho romano no formuló una regulación completa, autónoma y sistemática de la indignidad; se limitó a contemplar supuestos aislados; debido a ello no nos legó una concepción unitaria de esta figura jurídica.

Posteriormente, los compiladores justinianeos agruparon los diversos casos de indignidad y dieron a esta institución una autonomía y entidad de la que había carecido con anterioridad. En la configuración que hicieron de la indignidad, el indigno recibía vocación y delación de la herencia, y podía llegar a adquirirla, si bien (en virtud de la "ereptio"; de "eripere", es decir, arrebatar) la herencia pasaba al *aerarium*, y más tarde al *Fiscus;* es decir, por su indignidad, el Estado acababa privando al indigno de la herencia. Es lo que sintetiza el principio de CUJACIO "indignus potest capere, sed non potest retinere"[354].

En nuestro derecho histórico, se pueden encontrar referencias a la indignidad en el *Liber Iudiciorum,* en el Fuero Real y en Las Partidas. Éste último cuerpo legal configura la indignidad como algo diferente a la desheredación, si bien continuaba privando de la herencia o legado al indigno, que, en vez de al *Fiscus,* pasaban a pertenecer al Rey. Con posterioridad a Las Partidas, sólo la Novísima Recopilación modifica algo la indignidad.

[354] Vid.: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág.372.

En nuestro proceso de Codificación civil, el Proyecto de Código civil de 1836 (TAPIA, AYUSO Y VIZMANOS), el de 1851 (artículo 617) y el Anteproyecto de 1882-1888 (artículo 754), regulan ya las causas de indignidad refiriéndolas tanto a la sucesión testada como a la intestada[355].

En cuanto a los antecedentes históricos concretos de la nueva figura de indignidad que estudiamos en este capítulo, GONZÁLEZ ACEBES[356] los ha encontrado en las Partidas (6, 7, 17) que declara la situación de indignidad en el supuesto de *quando algun fijo fuesse sin piedad que non quisiesse pensar de su padre que fuesse furioso o desmemoriado, pudiéndolo fazer.* El artículo 617 del proyecto de Código civil de 1851 recoge una situación similar: "Es indigno para suceder, el pariente del difunto que, hallándose éste loco o demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerle recoger en un establecimiento público". La profesora citada[357] pone de manifiesto y destaca "la referencia a los parientes del difunto como posibles indignos en el caso de descuido de las elementales obligaciones de atención de quien se encuentra en la situación descrita en la norma, lo que supone ampliar el ámbito de la indignidad que ya no operaría sólo entre padres e hijos, sino que puede comprender a cualquier otro pariente de la línea colateral".

---

[355] Vid.: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.372.

[356] GONZALEZ ACEBES, B., "Una nueva causa de indignidad sucesoria", *Estudios de Derecho civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García,* Valladolid, 2005, pág. 398.

[357] GONZALEZ ACEBES, B., "Una nueva causa de indignidad sucesoria", op. cit., pág. 398.

2.- La indignidad en el Código civil

Nuestro Código civil regula la indignidad en su Libro III ("*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*"), Título III ("*De las Sucesiones*"), Capitulo II ("De la herencia"), Sección 1ª ("De la capacidad para suceder por testamento y sin él"), artículos 756-762.

Dentro de esta Sección 1ª (arts. 744 a 762), el Código civil regula tres figuras diferentes:

a) Las incapacidades absolutas

El artículo 745 establece que "son incapaces de suceder:

1º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley."

Realmente en estos dos supuestos no estamos ante verdaderas causas de incapacidad, ya que no se trata de personas a las que les falte capacidad, sino de casos en los que no hay persona[358].

Como indica el profesor LASARTE[359]: "el precepto requiere escaso comentario, pues verdaderamente ni las criaturas abortivas ni las personas jurídicas en trance o en proyecto de constitución

[358] Sobre el tema, escribe HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* Revista de Derecho Privado, 1961, pág. 468, que "en los casos en que falten los presupuestos necesarios para poder apreciar la existencia de persona... debe hablarse de inexistencia de sucesor mejor que de incapacidad para suceder. Sin embargo, el Código civil califica los supuestos de inexistencia como de incapacidad... técnicamente no hay incapacidades absolutas para suceder porque la incapacidad supone la inexistencia de persona. Existen, sí, las denominadas incapacidades relativas que entrañan una merma en la capacidad, afectan siempre a la persona. Incapacidad relativa en materia sucesoria sería la privación, para ciertas personas, de la posibilidad de suceder a cualquier persona; cuando la privación del derecho de suceder se concreta respecto a determinadas personas no debería hablarse de incapacidad relativa, sino más bien de prohibición o de incompatibilidad para suceder."

[359] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.016, Pág. 31.

pueden ser consideradas sujetos de derecho. En consecuencia, hablando en términos propios no es que sean incapaces de suceder, es que son entidades o realidades indiferentes para el derecho, al carecer de personalidad. Dicho, en otros términos, pese a la denominación acrisolada por la doctrina (por simetría con las incapacidades relativas que seguidamente estudiaremos), verdaderamente sólo en sentido figurado puede hablarse de incapacidades absolutas."

b) Las incapacidades relativas[360]

Vienen recogidas en los artículos 752, 753 y 754 del Código civil, y se producen sólo en el ámbito de la sucesión testamentaria; según la sentencia de 6 de abril de 1954 deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

El artículo 752 dispone:

"No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto."

Según el profesor LASARTE[361], "la interpretación restrictiva exige el cumplimiento estricto del supuesto de hecho, atribuciones

[360] Sobre las diferencias entre las "incapacidades relativas" de los artículos 752 y ss. y la indignidad, vid.: LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de Derecho civil V, Sucesiones,* Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 57 y 58; HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* op. cit., págs. 471 y ss. Sobre las semejanzas y diferencias con la desheredación, vid.: JORDANO FRAGA, F., *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su reciproca interrelación),* Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 1 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* op. cit., págs. 469 y ss.

[361] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op.cit., págs. 34 y 35.

testamentarias hechas durante la última enfermedad y que el sacerdote haya administrado la confesión. No obstante, la interpretación restrictiva no debería excluir la aplicación analógica a ministros de otras confesiones religiosas (aunque en ella no exista propiamente sacramento de confesión) que, durante la última enfermedad prestara su auxilio y confortamiento espiritual al testador que la profese, pues evidentemente la libertad de culto así lo exige. (cfr., en este sentido, STS 255/2015, de 19 de mayo, ponente Sr. Orduña).”

Por su parte, el artículo 753, modificado por la Ley 8/2021, dispone:

“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*.”

Y el artículo 754 establece:

“El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.”

Aunque el artículo 754 no declare ineficaces las disposiciones testamentarias que beneficien al notario y a los testigos que hayan intervenido en el otorgamiento del testamento, las mismas serán igual de ineficaces que las disposiciones referidas en los dos artículos anteriores, ya que no hay razón para defender lo contrario.

En relación a la posibilidad de interposición de una persona en las disposiciones testamentarias, el profesor LASARTE[362] se pregunta “la interpretación restrictiva, reiterada por el Tribunal Supremo, ¿se vería conculcada si se propugnase la ineficacia de una disposición testamentaria hecha a favor del conviviente de hecho con un Notario o Notaria que ha autorizado el testamento?”. Y se responde, “posiblemente, algunos así lo entenderán, aunque, a nuestro entender, la aplicación analógica de una norma, a un supuesto lagunoso, no implica contrariar la interpretación restrictiva propiamente dicha. En todo caso, por fortuna el artículo 755, dejando un portillo abierto de carácter general, determina que “será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se

[362] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op.cit., págs. 35 y 36.

la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta", es decir, de una persona que, aunque no se encuentre contemplada en los anteriores artículos pueda servir de intermediario o mediador para el indebido enriquecimiento del incapaz de suceder."

En todos los supuestos previstos en las denominadas incapacidades relativas, las personas llamadas a la herencia no pueden convertirse en sucesor del testador porque la ley presume *iuris et de iure* que se ha podido ejercer una influencia negativa sobre la voluntad de éste (captación o sugestión) a la hora de testar, con independencia de que haya ocurrido así o no; la incapacidad opera *ex lege*[363]*.* Con el establecimiento de las incapacidades relativas, parece que el legislador persigue defender que la voluntad del testador sea autentica y espontánea, sin influencias de nadie.

DIEZ-PICAZO Y GULLÓN[364] han criticado la denominación de "incapacidades relativas"[365] ya que los supuestos contemplados en los artículos 752 a 754 "no tienen por base una falta de condiciones necesarias para suceder en la persona afectada, sino una concreta

[363] En ese sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.374.

[364] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 5ª edición, 1.989, op.cit., pág. 331.

[365] También ha criticado la citada denominación MENA-BERNAL ESCOBAR, Mª. J., *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 48 y 49, quien escribe "por tanto, de nuevo nos encontramos con una inexacta calificación, puesto que las personas a las que se contempla en la ley, en los artículos referidos, no carecen de <<capacidad>> para suceder en cualquier otra sucesión; se trata de personas <<excluidas>> por ley de una determinada sucesión, respecto de un determinado causante, con la finalidad de proteger la libre voluntad de éste."

situación en la que existe el peligro de captación de la voluntad del difunto para dejarla como sucesora."

c) La indignidad: concepto, causas de indignidad, fundamento y naturaleza jurídica.

Tras la regulación de las incapacidades relativas, aborda nuestro Código civil la contemplación normativa de la indignidad, tacha sucesoria en base a la cual quienes cometan actos de particular gravedad contra un causante determinado, pierden el derecho a heredar lo que tendencialmente podían ostentar[366].

Las causas de la indignidad para suceder vienen recogidas, principalmente, en el artículo 756 del Código civil[367], precepto

---

[366] Vid.: LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op.cit., pág. 36.

[367] La doctrina, aunque sin unanimidad, considera que el artículo 713 CC contiene una causa de indignidad; cierto sector de la doctrina también entiende que el artículo 111 CC contiene una causa de indignidad, pero limitada a la sucesión intestada y a la legitimaria.

Sin embargo, en opinión de MENA-BERNAL ESCOBAR, Mª. J., La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español, op. cit., págs. 58 y 61, el legislador en ningún momento quiso otorgar a los supuestos previstos en los citados artículos 713 y 111 la naturaleza de causa de indignidad.

El artículo 713 dispone lo siguiente:

"El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda."

Por su parte, el artículo 111 establece:

"Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1° Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

sometido a múltiples modificaciones legales. Su actual redacción es la resultante de las modificaciones realizadas por la Ley 13/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y es la que sigue:

"Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

2º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

2° Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos."

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo[368].

3º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

4º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.”

[368] Como dijimos más arriba, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, el tenor literal de este párrafo tercero del ordinal 2º del artículo 756, era el siguiente: “También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.”

El concepto de la indignidad para suceder viene condicionado por la posición que se adopte en relación con la cuestión de si la indignidad constituye una verdadera incapacidad para suceder, o si, por el contrario, se trata de una causa de exclusión de la herencia ("*indignus potest capere, sed non potest retinere").*

Vamos a explicar brevemente las dos posiciones doctrinales:

a) La indignidad como causa de exclusión de la herencia.

Es el criterio adoptado por el Derecho romano, por nuestro Derecho histórico anterior al Código civil, por el Código civil francés (art.727) y por el Código civil italiano de 1942 (art. 463).

Los defensores de este planteamiento sostienen que el indigno recibe vocación y delación, pero, a consecuencia de su vituperable conducta para con el causante, queda privado (excluido) de aquella. El indigno tiene derecho a la herencia y, mediante la aceptación se convierte en heredero, aunque posteriormente perderá lo adquirido por ese título. El indigno –se dice- "*potest capere, sed non potest retinere"*[369]*.*

Entre otros autores, siguen esta posición LACRUZ BERDEJO[370], HERNÁNDEZ GIL[371] y MENA-BERNAL ESCOBAR[372].

---

[369] Vid.: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.375; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados", *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales* (*Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional "La Protección de las Personas Mayores", Córdoba 7-9 octubre 2009*), Edita IDADFE (CD-ROM), Madrid, 2009, pág. 2.

[370] LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de Derecho civil V, Sucesiones,* Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 61 y 62, que entiende aplicable este principio igualmente a las incapacidades relativas de los artículos 752 y ss. del CC.

b) La indignidad como causa de incapacidad para suceder.

El artículo 617 del Proyecto de Código Civil de 1851 supuso el comienzo de la ruptura de nuestro Derecho con el planteamiento que había sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico desde el Derecho romano, al afirmar: "Son *indignos* y como tales no pueden adquirir por testamento…". Sin embargo, el verdadero cambio de criterio se produjo en el artículo 756 del Código civil: "*Son incapaces de suceder por causa de indignidad*…". Del tenor literal del citado artículo se deduce que los redactores de nuestro Código quisieron configurar la indignidad como una incapacidad para suceder *mortis causa,* es decir como una causa generadora de absoluta ineptitud para recibir titularidades del causante. Consecuencia de lo anterior es que el indigno no recibe delación a la muerte del causante; y ello como castigo a esa conducta tan reprobable mantenida con el de *cuius,* salvo que medie perdón de éste, en cuyo caso se restituye al indigno la aptitud para sucederle – y con ello la posibilidad de recibir la delación- y mediante aceptación, adquirir titularidades del caudal relicto[373].

Entre otros autores, aparte de los primeros comentaristas de nuestro Código civil, siguen esta posición ALBALADEJO[374],

---

[371] HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* op. cit., págs. 472 y ss.

[372] MENA-BERNAL ESCOBAR, Mª. J., La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español, op. cit., pág. 80.

[373] Vid.: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.376; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. págs. 2 y 3.

[374] ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículo 756" C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 1, Artículos 744 a 773, Dirigidos por M. Albaladejo García, Ed. EDERSA, 1987, págs. 198 y 199.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[375], CORDERO LOBATO[376], PÉREZ DE VARGAS[377], LASARTE[378] y MARTÍN MELENDEZ[379].

Nosotros nos decantamos por esta última posición doctrinal, aparte de por los argumentos esgrimidos por los autores citados, especialmente porque el encabezamiento del artículo 756 parece que claramente considera que el indigno es incapaz para suceder, cuando señala "Son incapaces de suceder por causa de indignidad…..."; por su parte, el artículo 852 C.C. repite la misma idea: "Son justas causas para la desheredación… las de incapacidad por indignidad para suceder…"; el artículo 164.2 C.C. cuando se refiere a personas que "no hubieran podido heredar por causa de indignidad", se puede interpretar en el sentido de personas que son incapaces de heredar; y cuando el artículo 929

---

375 DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 5ª edición, op.cit., pág. 334.

376 CORDERO LOBATO, E., "Tema 2, La Delación", *Derecho de Sucesiones,* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador)**,** Editorial Tecnos, Madrid, 2009, pág. 72.

377 PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7º del Código Civil", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios, 2 y 3 de diciembre de 2004, coordinador: Bello Janeiro, D., edita Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, págs. 232 y ss.; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.376 a 378; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.3.

378 LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op.cit., pág. 36, quien afirma "en el sistema de nuestro Código la indignidad no representa una categoría especial o distinta de la incapacidad para suceder, sino que el legislador la configura como una subespecie de aquella. Por eso el encabezamiento del artículo 756 (en el que se relatan las causas) habla de quiénes <<son incapaces de suceder por *causa de indignidad*>>. Esto es, por haber incurrido en alguna de las causas tipificadas, directamente se le considera incapaces para entrar en la sucesión de que se trate (cualquiera)"

379 MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones, Liber* Amicorm Teodora F. Torres García, directores: Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M. P., Ed. La Ley - Wolters Kluwer, 2014, pág. 811.

C.C. indica “no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”, éste último vocablo se entiende referido a la indignidad (y no a las incapacidades absolutas o relativas). Aparte, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, en su apartado VII, dice expresamente que “se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder…”.

En definitiva, la indignidad, en nuestra opinión, es una causa de incapacidad para suceder. Pero, desde un punto de vista práctico, hay que tener muy en cuenta las palabras del profesor ALABLADEJO[380] cuando afirma que el hecho de “que la tesis exacta sea una u otra… carece de mayor alcance práctico, porque, en todo caso: por un lado, aunque fuere verdad que el indigno recibió delación, cuando se impugne por indignidad su sucesión aquélla se entenderá borrada retroactivamente, y, por otro lado, aunque sea verdad que no recibió delación, pasado el tiempo durante el que puede ser atacada la sucesión del indigno, éste no cabe que sea removido de ella, y conservará los bienes”.

Tras las reflexiones anteriores, se puede definir[381] la

---

[380] ALBALADEJO GARCÍA, M., “Artículo 756” C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 1, Artículos 744 a 773, op. cit., pág. 201.

[381] JORDANO FRAGA, F., *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su reciproca interrelación),* op. cit., pág.1, define la indignidad sucesoria como “privación automática, en *lege,* al ofensor, salvo rehabilitación concedida por el causante ofendido, y en virtud de la comisión por aquél de cualquiera de los hechos legalmente tipificados a tal fin, de todo derecho sucesorio en la sucesión abierta de tal causante.”

Por su parte, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.3, escribe: “podemos definir la indignidad- con ALBALADEJO- como <<la tacha con la que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos que éste lo rehabilite>>”.

indignidad tal como lo hace la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[382] como "una causa de inhabilidad o ineptitud relativa para suceder, derivada de la realización de una conducta reprobable contra el causante, prevista legalmente, y que se impone al sucesor testamentario o abintestato como sanción privada que el propio *decuius* puede levantar mediante la rehabilitación en la forma establecida por la Ley".

En cuanto al **fundamento** de la indignidad, existen dos planteamientos doctrinales:

a) Subjetivo: es de carácter voluntarista. Considera que, al establecer la indignidad, el legislador lo que ha hecho es interpretar la voluntad presunta del causante, quien, de haber previsto los hechos reprobables cometidos por el indigno, no lo hubiera querido como sucesor; por ese motivo la ley le impide acceder a la sucesión del causante. Además, si éste quisiera que el indigno le pudiera suceder, podría hacerlo, utilizando el perdón rehabilitador. Pero si el causante no lo hace, es porque no quiere que le suceda; y esta voluntad es la que interpreta le ley al establecer la indignidad[383].

b) Objetivo: no tiene en cuenta la voluntad presunta del causante. Lo importante es la conducta del indigno en sí misma. Es el legislador quien, por razones de tipo ético o moral, impone al indigno una sanción civil, consistente en la pérdida de la herencia o legado. El motivo es porque considera injusto que, tras su

[382] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 810.

[383] Vid.: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.379; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.3.

conducta, el indigno pueda tener acceso a la sucesión del causante[384].

Nos parece acertado el criterio objetivo, pues si el causante perdona al indigno sin hacerlo en la forma prescrita en el artículo 757 del C.C., la indignidad y sus efectos persistirán[385].

Por lo que se refiere a la **naturaleza jurídica** de la indignidad, no hay discusión; la doctrina y la jurisprudencia coinciden en considerarla una pena privada o sanción civil que la ley impone al indigno como consecuencia de su conducta reprobable frente al causante. Se diferencia de las sanciones típicamente penales porque no todos los hechos constitutivos de indignidad vienen tipificados como delitos, pero, desde el plano civil, la indignidad también ejerce una función de prevención y represión del acto ilícito[386].

De la naturaleza punitiva de la indignidad se derivan importantes consecuencias:

---

[384] Vid.: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.379; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.4.

[385] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., págs. 811 y 812; HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* op. cit., pág. 472; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.379; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.4.

[386] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 812; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.4; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.379 y 380.

1ª. Sus efectos son personales, es decir sólo alcanzan al indigno, pero no a sus familiares. En ese sentido, dice el artículo 761 del Código civil que "si el excluido de la herencia por incapacidad (se refiere a la indignidad) fuese hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima".

2ª. Las causas de indignidad son tasadas[387]; la regla general es la capacidad y la dignidad (art. 744 C.C.); en cambio, la incapacidad y la indignidad son la excepción; de ahí que no haya más causas de indignidad que las legalmente previstas y que la indignidad haya de ser interpretada restrictivamente (SSTS 11-febrero-1946 y 26-marzo-1993) y sin posibilidad de aplicación analógica.

3ª. Al ser una pena privada, los efectos de la indignidad quedan en manos del causante, quien puede rehabilitar al indigno perdonándolo (art. 757 C. C.).

La indignidad es aplicable[388] a la sucesión testada, a la intestada (arts. 713, 756, 914, rúbrica de la sección en la que se incluye el art. 756 C.c.: "de la incapacidad para suceder por testamento y sin él) y a la legítima (art. 761 C.C.)[389], al heredero y al legatario (art. 789 C.C.).

---

[387] Sin embargo, ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículo 756" C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 1, Artículos 744 a 773, op. cit., pág. 208, es de la opinión que los tribunales pueden admitir otras causas más graves que las del art. 756 C.C., pero incluidas en su espíritu, para juzgar con equidad.

[388] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., págs. 812.

[389] En relación a estas dos afirmaciones: JORDANO FRAGA, F., *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su reciproca interrelación),* op. cit., págs. 41 y ss. y 51 y ss., respectivamente. Sobre la

Una cuestión sobre la que la doctrina discrepa es si la sentencia que declara la indignidad para suceder tiene carácter declarativo o constitutivo.

HERNÁNDEZ GIL[390] considera que para que una persona sea declarada indigna "no es suficiente la comisión de las acciones que enumera el articulo 756; se requiere que una sentencia inimpugnable así lo reconozca». De este parecer es también VALLET DE GOYTISOLO[391] al afirmar que en nuestro Código civil "las causas de indignidad han de ser siempre objeto de prueba y declaración judicial correspondiente" para tener eficacia excluyente. Ello implica otorgar naturaleza constitutiva a la resolución judicial que así lo declara.

En sentido contrario se manifiesta ALBALADEJO[392], cuando opina que "la indignidad no exige necesariamente una sentencia que la disponga, sino que solo, cuando se discuta, requiere de una sentencia que decida que realmente se es indigno por haberse cometido en verdad hecho indigno".

De esa misma opinión es MARTÍN MELÉNDEZ[393] cuando afirma que se incurre en indignidad "por el sólo hecho de haber

---

legítima, TORRES GARCÍA, T. F., "Legítima y legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil", Santander, 9 a 11 de febrero de 2.006, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.006, págs. 173 y ss.

[390] HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* op. cit., pág. 478.

[391] VALLET DE GOYTISOLO, J., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. T. 1. Las legítimas,* Instituto Nacional de Estudios jurídicos, 1974, pág. 654.

[392] ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículo 756" C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 1, Artículos 744 a 773, op. cit., pág. 203.

[393] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., págs. 812 y 813.

realizado alguna de las conductas del a. 756 C.c., aunque el acto o comportamiento hay cesado a la muerte del causante, de modo que la sentencia judicial de indignidad tendrá carácter declarativo, no constitutivo y sólo se requerirá en caso de discusión sobre la concurrencia de la causa".

Nosotros pensamos que, si no hay contradicción por parte del posible indigno, no siempre será necesaria una sentencia que disponga la indignidad[394]. Ahora bien, cuando el presunto indigno niegue que su conducta sea merecedora de la sanción que conlleva la indignidad, entonces sí será necesaria una sentencia judicial que lo determine. Y en ese supuesto la sentencia que establezca que la conducta reprobable sí fue realizada por el sujeto, simplemente tendrá carácter declarativo; ya que la citada conducta indigna ya había existido con carácter previo a la resolución judicial que así lo declara.

3.- La indignidad de quien hubiere sido removido del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad

Como hemos dicho más arriba, la Ley 8/2021 ha modificado el párrafo tercero del ordinal 2º del artículo 756 CC, que queda redactado como sigue:

"También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad

[394] De todas formas, tal como indica HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", *Revista de Derecho UNED (RDUNED)* Núm. 1, 2006, pág. 176, "resultan sin embargo difícilmente imaginables eventuales hipótesis de indignidad para suceder que no precisen de la mediación judicial."

por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.”[395]

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modificó el artículo 756 CC y dio nueva redacción a los apartados 1, 2 y 3 de dicho precepto. En el párrafo tercero del apartado 2º de dicho artículo tipificó como causa de indignidad la remoción en el cargo de tutor de una persona con la capacidad modificada judicialmente. La Ley 8/2021 ha vuelto a modificar dicho párrafo tercero del ordinal 2º del precepto citado, sustituyendo ahora el término tutor por el de curador de una persona con discapacidad, sin hacer distinción entre curador representativo y curador sin funciones de representación. A pesar de que nos encontramos ante una norma sancionadora, en opinión de REPRESA POLO[396] “debemos entender incluido en el ámbito de aplicación de la norma la remoción en el cargo de curador no representativo, como ya se había interpretado la reforma de 2015, considerando que la remoción del cargo de curador también era causa de indignidad”.

En resumen, la remoción del cargo de tutor será causa de indignidad en la sucesión de menores sometidos a tutela y la remoción del curador representativo o no, será causa de indignidad en la herencia de una persona con discapacidad que cuente con medidas de apoyo.

---

[395] Como ya dijimos, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, el tenor literal de este párrafo tercero del ordinal 2º del artículo 756, era el siguiente: “También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.”

[396] REPRESA POLO, M.ª P.,“Treinta y seis. Se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados así”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C., Ed. Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pág. 920.

La causa de indignidad recogida en el artículo 756.2, párrafo tercero, también es causa de desheredación de los ascendientes, descendientes y cónyuge de una persona con discapacidad, ya que ésta puede privar de la legítima a quien hubiese sido removido por sentencia firme del ejercicio de la curatela, dada la remisión que hacen los artículos 852 y siguientes del Código civil.

Para que sea posible la declaración de indignidad o para que sea justa la desheredación es necesaria una sentencia firme que remueva al curador de su cargo en base a los motivos recogidos en el artículo 278 del Código civil[397].

Nos parece razonable que el Código civil establezca la declaración de indignidad o la desheredación del curador de una persona con discapacidad que ha sido removido de la curatela por incumplir los deberes de asistencia y protección de la persona que tiene a su cargo. En ese sentido se manifiesta REPRESA POLO[398],

---

[397] El artículo 278 CC, con nueva redacción dada por la Ley 8/2021, dice así: "Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo.

La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial.

Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo."

[398] REPRESA POLO, M.ª P.,"Treinta y seis. Se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados

quien escribe que “representa un acierto elevar este comportamiento a causa de indignidad-desheredación por concurrir en estas situaciones el mismo fundamento que justifica el reconocimiento de la privación de la patria potestad como causa de indignidad y desheredación, a saber, el incumplimiento de los deberes de asistencia y protección de las personas que se encuentran a su cargo lo que puede conducirlas a una situación de desamparo material y asistencial.

Por ello, cuando la remoción sea debida a la inhabilidad del curador para desarrollar su cargo, no será posible la desheredación o declaración de indignidad por no concurrir en el supuesto de hecho el fundamento que justifica la imposición de la sanción, a saber, el incumplimiento de sus funciones y el perjuicio que ello haya causado o podido causar al discapacitado, como conducta reprobable que justifica la declaración de indignidad o desheredación.”

Recapitulando sobre quienes podrían ser declarados indignos o ser desheredados, por haber sido removidos del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad, podemos concluir que podrían ser los padres que fuesen curadores de sus hijos, los hijos que fueran curadores de sus padres o el cónyuge curador del otro cónyuge. Sin embargo, el resto de curadores que no fuesen legitimarios y fueran removidos de su cargo, sólo podrían ser declarados indignos, ya que, obviamente, al no tener derecho a legítima no pueden ser desheredados. En todo caso, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 757 CC, en base al cual, las causas de indignidad dejarían de surtir efecto si el testador, en este

así”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* op.cit., pág. 921.

caso, la persona con discapacidad, las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después las remitiere en documento público.

4.- Tramitación legislativa de la nueva causa de indignidad del artículo 756.7º del Código civil, introducida por la Ley 41/2003

Como hemos dicho con anterioridad, el artículo 10 de la Ley 41/ 2003 modificó el artículo 756 del Código civil, al que añadió una nueva causa de indignidad, recogida en su número 7º, cuya redacción, como ya sabemos, quedó como sigue: "Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil."

Se puede considerar que varios de los problemas que plantea esta causa de indignidad derivan de la falta de armonización entre lo que la Exposición de Motivos de la Ley declara y lo que el propio precepto dice o podría derivar de su ubicación en el Código civil[399]. Por ello, es interesante exponer cómo se llegó a la regulación definitiva y destacar las variaciones que se fueron introduciendo desde su Propuesta hasta la aprobación del texto definitivo de la Ley.

El antecedente de este precepto se encuentra en la Propuesta de Ley reguladora del Estatuto Patrimonial del Discapacitado,

---

[399] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 813.

realizada por la Confederación Española de Fundaciones (CEF) y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) que, en su Disposición adicional *8ª*, añadía un párrafo 2º al artículo 943 C.C., que disponía: "Quedan excluidos de la sucesión del incapacitado aquellos parientes colaterales que no le hubieran prestado en vida las atenciones debidas". Por tanto, inicialmente: el ámbito de aplicación de esta causa de exclusión era sólo la sucesión intestada (puesto que se introducía en dicho artículo 943 del C.C.); el sujeto al que se protegía y de cuya sucesión se trataba era el incapacitado (no el discapacitado); los parientes que podían incurrir en esta causa de exclusión eran sólo los colaterales; y la causa consistía en no haber prestado en vida las "atenciones debidas". No se determinaba qué había que entender por éstas, ni se limitaba el grado de parentesco de los colaterales, por lo que, como acertadamente afirma MARTÍN MELÉNDEZ[400], cabían dos interpretaciones: 1ª. Pensar que los que podían ser excluidos de la sucesión eran los colaterales hasta el cuarto grado, lo que llevaría a entender que no era necesario que sobre el colateral pesara deber legal de alimentos y que "atenciones debidas" no era sinónimo de "alimentos entre parientes" y, más concretamente, de "alimentos restringidos debidos por los hermanos", sino de "atenciones pertinentes"; 2ª. Entender que "atenciones debidas" son los alimentos legales entre parientes y que las personas excluibles serían los hermanos cuando no cumplieran con su deber de alimentos restringidos.

Posteriormente, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con

[400] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 813.

discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, de 14 de febrero de 2003 que, basándose en la anterior Propuesta, optó por dar mucho mayor ámbito de aplicación a esa causa de exclusión de la herencia, de forma coherente con su objetivo de mejorar en lo posible la situación patrimonial de la persona con discapacidad que su Exposición de Motivos reiteradamente señala. De este modo, el artículo 10 de este Anteproyecto recoge ya la redacción definitiva del artículo 756.7º del C.C., encontrándonos importantes modificaciones: la causa de exclusión que tratamos pasa a ser regulada en el artículo 756.7º del C.C., configurándose expresamente como causa de indignidad; el sujeto protegido no es el incapacitado sino el discapacitado; los que pueden ser indignos ya no son los parientes colaterales que no hubieran prestado las atenciones debidas, sino que ni siquiera se exige que sean parientes, al referirse a "las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas"; y, a diferencia de lo que hacía la Propuesta, se determina qué ha de entenderse por "atenciones debidas", estableciendo que son, "las reguladas por los artículos 142 y 146 del Código civil". Sin embargo, frente a todo esto, la Exposición de motivos de este Anteproyecto, dice: "Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el Título VI del Libro I del Código civil, y ello, aunque el causahabiente no estuviera obligado a prestarlos conforme al artículo 143 de dicho cuerpo legal". Analizando este texto observa, acertadamente, MARTÍN MELÉNDEZ[401] que:

[401] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del

"aunque habla expresamente de incapacidad (indignidad), sigue refiriéndose a la sucesión intestada, (frente a lo que resulta del tenor y encuadre sistemático del propio artículo 756.7º C.c.); no califica al causante ni de incapacitado ni de discapacitado (aunque del contexto del Anteproyecto se deduce que ha de ser discapacitado); entiende por atenciones debidas los alimentos regulados por el Título VI, Libro I C.c. (no las de los a. 142 y 146 C.c.); y amplía el grupo de parientes que pueden ser incapaces de suceder con relación a los de la Propuesta, al no limitarlo a los colaterales y extenderlo a todos los parientes sucesores abintestato, dado que puede ser incapaz de suceder incluso quien no estuviera obligado a prestar alimentos conforme al a. 143 C.c. No obstante, también es de resaltar que el alcance que la *EM* da a esta causa de indignidad en la sucesión intestada es el que resulta de la aplicación del a. 756.7º C.c. a dicho tipo de sucesión".

En el Proyecto de Ley 121/000154 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, de 3 de junio de 2003[402], el texto del artículo. 756.7º del Código civil es el mismo que el del Anteproyecto y la Exposición de Motivos mantiene la redacción del Anteproyecto en relación al tema que estudiamos, salvo la supresión de la aclaración final ("y ello, aunque el causahabiente… de dicho cuerpo legal"). Todo ello se mantendrá igual en el texto definitivo de la Ley 41/2003.

---

artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 814.

[402] *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 154-1, 6 de junio de 2003.

5.- Clases de sucesión en las que rige el artículo 756.7º del Código civil

Una cuestión muy importante que se plantea es determinar si el artículo 756.7º se aplica sólo a la sucesión intestada, dada la referencia a la misma que hace la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003[403], o si también se aplica a la sucesión testada.

En nuestra opinión, el citado artículo se aplica tanto a la sucesión intestada como a la sucesión testada[404]. Se pueden

---

[403] El apartado VII a) de la Exposición de Motivos establece: "Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos".

[404] Ese es también el parecer de autores como HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", op. cit., pág. 187, quien afirma: "En consecuencia, entiendo que, si las causas de indignidad sucesoria despliegan su efectividad en ambas clases de sucesión, no hay razón alguna, salvo la extemporánea mención de la Exposición de Motivos, para que la nueva causa contraiga su aplicación exclusivamente a la sucesión abintestato."; SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 560, quien afirma: "Se aplica tanto en la sucesión testada como en la intestada y tanto en el llamamiento a título de heredero como a título de legatario"; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.403, quien dice" … parecería que la nueva causa de indignidad del art. 756.7º CC solamente podría desplegar su eficacia en el ámbito de la sucesión intestada. Pero ¿será realmente así? No lo creemos."; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.8, quien señala que "Este texto preambular contiene una afirmación parcialmente incorrecta, porque no es verdad –como da a entender- que esta nueva causa de indignidad del artículo 756-7º del Código civil produzca sólo indignidad "*para suceder abintestato*", ya que aunque ese precepto aluda siempre al "testador", lo cierto es que todas sus causas se aplican tanto a la sucesión testada como a la intestada."; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op.cit., pág. 36, quien afirma, refiriéndose a la indignidad en general que "…la indignidad inhabilita a quien incurre en alguna de las causas legalmente establecidas para suceder trátese de la legítima, de la sucesión intestada o de

esgrimir varias razones para fundamentar la opinión anterior. A continuación, exponemos las razones que consideramos más importantes.

En primer lugar, y referido a la indignidad en general, se puede argumentar que, tras la reforma del artículo 756 C.C. por la Ley 13/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, los tres primeros números del citado artículo se refieren al "causante" de la herencia, no al "testador"; el causante puede serlo de una sucesión testada, pero también de una sucesión intestada. Especialmente revelador se pude considerar el cambio de redacción producido en el número 3º del citado artículo, referido en la actualidad al "causante", cuando con anterioridad se refería al "testador". Parece claro que el legislador, al decantarse por término "causante" en vez de por el término "testador", entiende que la indignidad se puede producir tanto en la sucesión testada como en la sucesión intestada.

En concreto, el art. 756.7 se limita a referirse a la "sucesión" en general, sin matizar a qué tipo de sucesión se refiere, por lo que parece razonable entender que alude tanto a la sucesión testada como a la intestada; ya que donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir.

En segundo lugar, se puede esgrimir un argumento de carácter sistemático. El artículo 756 C. C. aparece ubicado en una sección (la 1ª del Capítulo II del Libro III del Código Civil) que lleva por rúbrica "De la capacidad para suceder por testamento y sin él". En consecuencia, todas las causas de indignidad del art. 756

---

la sucesión testamentaria. Y en esta última, inhabilita tanto al llamado a título universal o heredero cuanto al legatario."

(incluida la séptima) rigen tanto para la sucesión testada como para la intestada[405].

En tercer lugar, hay que destacar el texto del artículo 914 C.C. (es el último precepto de las cuatro "Disposiciones Generales", que encabezan el Capítulo III del Título III del Libro III del Código civil, que trata "De la sucesión intestada"): "Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada". El legislador se expresa muy claramente. Por tanto, lo establecido en el artículo 756 es aplicable tanto a sucesión testada como a la intestada. Esta conclusión no puede ser desvirtuada porque el art. 914 no hable de "indignidad", sino de "incapacidad"; y ello, porque la "incapacidad" para suceder sólo puede ser absoluta o relativa. Es obvio que el art. 914 no puede referirse a las incapacidades relativas de los artículos 752 a 754 C.C., porque éstas sólo pueden tener lugar en la sucesión testada; con menor motivo podrá referirse a las incapacidades absolutas, porque éstas, más que defectos de capacidad, suponen ausencia de personalidad. En consecuencia, cuando el artículo 914 habla de "incapacidad" se está refiriendo a la indignidad (igual que el artículo 929 C.C., que también utiliza el término "incapacidad" para referirse a la indignidad[406].

En cuarto lugar, se puede argumentar que, en materia de indignidad nunca se ha dudado de la aplicación de todas las causas

[405] En ese sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.404; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.8.

[406] En ese sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.405; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.8.

del art. 756 C.C. a la sucesión testada; lo único que se ha cuestionado es si también se aplicaría a la sucesión intestada, a lo que la mayoría de la doctrina ha respondido afirmativamente. En consecuencia, si todas las causas del art. 756 se aplican a ambos tipos de sucesión, parece razonable entender que la causa del número 7º, no haciéndose alusión alguna en contra, se aplicará también a las dos (interpretación lógica). La duda sobre la intestada incluso podría justificar la alusión expresa a ella en la exposición de Motivos de la Ley 41/2003 (interpretación lógica)[407].

En quinto lugar, se puede argumentar que cuando el legislador lleva la causa de exclusión de la sucesión del incapacitado (después, persona con discapacidad), desde un nuevo párrafo del art. 943 C.C., referido sin duda, a la sucesión intestada, a un nuevo número 7º del art. 756 C.C., ampliando las causas de indignidad del art. 756 C.C. y configurando esa exclusión como tal, no podía desconocer que dichas causas se aplican a la sucesión testada y a la intestada. No es comprensible que si el legislador sabe que el art. 756 C.C. se aplica a ambos tipos de sucesión y quiere que sólo se aplique a la intestada, no incluya en la redacción del art. 756.7º C.C. una aclaración al respecto (interpretación lógica y sistemática)[408].

En sexto lugar, otro argumento esgrimible es que la interpretación de que el artículo 756.7 se aplica tanto a la sucesión testada como intestada incrementa la protección patrimonial de la

[407] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 816.
[408] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 816.

persona con discapacidad y esta es la finalidad de la Ley 41/2003 (interpretación teleológica)[409].

Y en séptimo lugar, en cuanto a la diferencias entre el texto de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 (que alude a la sucesión intestada) y el texto del art. 756.7 (que habla de "la sucesión" en general, sin matizar a qué tipo de sucesión se refiere, por lo que parece razonable entender que alude tanto a la sucesión testada como a la intestada), hay que poner de manifiesto que las exposiciones de motivos son un elemento que pueden ayudar a interpretar las normas, pero se pude considerar que no constituyen un elemento vinculante, pues carecen de carácter normativo, de modo que en caso de discrepancia entre la exposición de motivos y el texto legal de una norma, ha de prevalecer éste[410].

---

[409] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 817.

[410] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 817. La citada profesora, además de algunas de las causas anteriormente señaladas por nosotros (como más importantes), en las páginas 815 a 817 de su mencionado trabajo, expone un amplio elenco de razones por las que considera que el artículo 756.7 C.C. se aplica tanto a la sucesión intestada como a la testada, y que, a continuación, transcribimos en su integridad: "Las razones son las siguientes: 1. Es lo que se deriva del propio tenor de la Ley (elemento gramatical). 2. Donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir: la Ley habla sólo de "personas con derecho a la herencia" y tanto derecho a la herencia tienen los herederos abintestato como los testamentarios, tal y como se deduce claramente del a. 713, pár. 1 C.c. que habla también de "derecho a la herencia" y reconoce que éste se puede tener "como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento" (elemento lógico). 3. En materia de indignidad nunca se ha dudado de la aplicación de todas las causas del 756 C.c. a la sucesión testada (varios de cuyos números se refieren expresamente al "testador") y lo único que se ha planteado es si también se aplicaría a la intestada, lo que ha sido respondido de forma mayoritaria afirmativamente: Si todas las causas del a. 756 C.c. se aplican a ambos tipos de sucesión, la causa del número 7, no haciéndose alusión alguna en contra, deberá aplicarse también a los dos (elemento lógico). La duda sobre la intestada incluso podría justificar la alusión expresa a ella en la *EM*, presuponiéndose su aplicación a la testada (elemento lógico). 4. Los

creadores de la Ley, cuando llevan la causa de exclusión de la sucesión del incapacitado (después, discapacitado), desde un nuevo pár. del a. 943 C.c., referido sin duda, a la sucesión intestada, a un nuevo número 7 del a. 756 C.c., ampliando las causas de indignidad del a. 756 C.c. y configurando esa exclusión como tal, no podían desconocer que dichas causas se aplican a la sucesión testada y a la intestada. No se entiende por qué, si el legislador sabe que el a. 756 C.c. se aplica a ambos tipos de sucesión y quiere que sólo se aplique a la intestada, no incluye en la redacción del a. 756.7º C.c. aclaración de tal trascendencia (criterio lógico y sistemático). 5. Cabe que la referencia expresa a la sucesión intestada de la *EM* se deba también a que la Propuesta inicial sólo a esta sucesión se refería y, por inercia respecto a lo ya resuelto por el CERMI y la CEF, pero con otros presupuestos (sucesión de un incapacitado, en vez de discapacitado), hable de ella (elemento histórico). 6. Existe una razón que justifica que en la Propuesta del CERMI el ámbito de la causa de exclusión se refiera sólo a la sucesión intestada y que no se da en la Ley: la Propuesta partía de que el sujeto a proteger era el incapacitado, no el discapacitado, y es muy probable que ese incapacitado no pudiera hacer o no hubiera hecho testamento debido a su situación, por lo que en la mayoría de los casos, se abriría la sucesión intestada; frente a ello, cuando el sujeto a proteger pasa a ser el discapacitado, no hay razón para limitar la aplicación de la causa de exclusión a la sucesión intestada y debe admitirse también en la testada (elemento histórico). 7. Es cierto que el hecho que provoca la indignidad (negar las atenciones al discapacitado y, fallecido, reclamar su herencia) es más reprobable cuando la negativa procede de los parientes más cercanos, pero si tenemos en cuenta que la sucesión intestada llega hasta los colaterales de cuarto grado, probablemente sin relación afectiva alguna con el causante, no se entiende que haya que salvar de incurrir en indignidad a los herederos testamentarios no parientes y no a esos parientes “lejanos” no obligados a prestar alimentos (elemento lógico). 8. La interpretación que defendemos no contradice lo que resulta del tenor de la *EM*, puesto que no negamos que esta causa de indignidad se aplique a la sucesión intestada, sino que afirmamos que se aplica a ambas (elemento lógico y sistemático). 9. Nuestra interpretación incrementa la protección patrimonial del discapacitado y ésta es la finalidad de la Ley (elemento teleológico). 10. Esta protección no sólo se hace derivar en la propia Ley, de los familiares o parientes del discapacitado, sino también de otros sujetos. Así, cualquier persona puede hacer aportaciones al patrimonio especialmente protegido o, incluso, exigir su constitución (a. 3.2 y 4.2 Ley 41/2003). De ahí que cualquier persona, sea llamada abintestato o por testamento, pueda verse también compelida por el a. 756.7º C.c. a prestar atenciones al discapacitado (elemento sistemático). 11. Las *EM* son un elemento que puede ayudar a interpretar las normas, pero no constituyen un elemento vinculante, pues carecen de carácter normativo, de modo que en caso de discrepancia entre *EM* y texto legal ha de prevalecer éste. 12. Entender que según el a. 756.7º C.c. sólo pueden ser indignos los herederos abintestato, es una interpretación modificativa que nunca puede apoyarse solamente en un elemento no normativo como es la *EM* de la Ley 41/2003. Por contra, el empleo de los demás elementos interpretativos nos lleva a concluir que esta causa ha de aplicarse tanto a la sucesión testada como a la intestada. 13. Es cierto que las normas sancionadoras han de

6.- Ámbito de aplicación personal: Sujetos intervinientes

El causante ha de ser una persona con discapacidad.

Como ya hemos dicho en este trabajo, para precisar el significado de “persona con discapacidad”, a efectos del ordinal 7º del artículo 756, tenemos que acudir a la Disposición Adicional Cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III, de acuerdo con la Ley 39/2006. El causante debe tener la condición de persona con discapacidad[411] en el momento en el que no se le presten las atenciones debidas.

En cuanto a quiénes pueden ser indignos, el artículo 756.7 del C.C. se refiere a “las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado (a la persona con discapacidad) las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

La interpretación de ésta parte del articulo no es fácil; depende del alcance que se dé a la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de lo que se entienda por “atenciones debidas” y del papel

---

interpretarse restrictivamente, pero esto sólo es así en caso de duda sobre su verdadero sentido, que es lo que ha de hallarse mediante la interpretación; nosotros no defendemos una interpretación extensiva, sino simplemente que el sentido de la norma en este aspecto es el que deriva de su tenor literal, lo cual es confirmado tras la aplicación de los distintos criterios hermenéuticos.”

[411] Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, vigente la incapacitación, no se trataba de estar incapacitado (como se exigía en los artículos. 782, 808.3 y 813.2 del C.c.), ni de ser persona dependiente (a quien se refiere la Ley 41/2003 en su Exposición de Motivos al tratar de los alimentos convencionales cuya regulación introduce en el C.c. en sus a. 1791 a 1797), sino que el causante debía ser una persona con discapacidad.

que se entienda que tiene la alusión a los artículos 142 y 146 del Código civil[412].

En ese sentido, si se entiende que el ámbito de aplicación de esta causa de indignidad depende exclusivamente de los declarado en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 y, conforme a ello, sólo será aplicable a la sucesión intestada, "las personas con derecho a la herencia" sólo serán los herederos intestados, incluidos los que no están obligados a prestar alimentos.

Por el contrario, si se entiende que esta causa de indignidad es aplicable tanto a la sucesión intestada como a la testada (que, tal como antes destacamos, es la opinión seguida por nosotros), las interpretaciones doctrinales sobre la materia son varias.

MINGORANCE GOSALVEZ[413] parece que defiende que "personas con derecho a la herencia" son solo los herederos

[412] Sobre este tema escribe HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", op. cit., pág. 190, que "como quiera que el incapaz para suceder, por causa de indignidad, lo es precisamente por «no *haber prestado las atenciones debidas*» al causante durante su vida, o sea, por no haber cumplido con la obligación alimenticia que le era exigida, es preciso determinar con carácter previo quienes están legalmente obligados a ello; pues solo el obligado puede incumplir el deber prestacional que le incumbe incurriendo así en causa de indignidad. La determinación, sin embargo, de quienes vengan obligado a ellos no resulta en absoluto sencilla. Pues la Ley que da vida a esta nueva causa no solo guarda silencio sobre ello, obligando al intérprete a realizar una tarea hermenéutica de integración de la norma, sino que complicándolo todavía más pretende circunscribir aquélla, como ha quedado dicho, únicamente al ámbito de la sucesión intestada y, al propio tiempo, extenderla a personas no comprendidas en el artículo 143 del Código civil. Así lo proclama expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 al decir que: «Se configura como causa de indignidad generadora de *incapacidad para suceder abintestato* el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código civil, y ello, *aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos*».

[413] MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., "La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los*

abintestato y los legitimarios, puesto que sólo éstos tienen un derecho por Ley a suceder, mientras que los testamentarios para saber si tienen derecho a la herencia tienen que haber sido designados en el testamento y esperar a la muerte del causante. MARTÍN MELENDEZ[414], autora cuyas tesis en esta materia - en gran medida- seguimos, rechaza esa interpretación ya que cree que las personas designadas en el testamento tienen derecho a la herencia igual que lo tienen los herederos abintestato a falta de aquél, tal como se deduce del art. 713.1 del C.C.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ[415] enlazando el concepto de "atenciones debidas" y la referencia a los artículos 142 y 146 C.C., con el de "personas con derecho a la herencia", entiende que sólo podrán ser indignas "las personas con derecho a la herencia" que tengan un deber legal de alimentos (que son el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y los hermanos), pero si la sucesión es intestada, y en base a lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, también podrán serlo los colaterales de 3º y 4º grado. MARTIN MELÉNDEZ[416] también rechaza esa tesis con un variado elenco de argumentos, que transcribimos a continuación: "…no creemos que "atenciones debidas" se refiera al deber de alimentos entre parientes y pensamos que la misión de los a. 142 y 146 C.c. no es determinar los sujetos susceptibles de

---

*albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005, M*adrid, 2006, págs. 675 Y 676.

[414] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 819.

[415] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., págs.405 a 407.

[416] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 820.

indignidad, sino el contenido de dichas “atenciones debidas”. Además, deriva la inclusión, entre los posibles indignos, de los hermanos (al no referirse a éstos el a. 142 C.c.) del a. 146 C.c., basándose en que desde que fue dotado de una nueva redacción por la Ley 11/1981, este artículo se aplica también a ellos; interpretación muy forzada pues lo cierto es que el a. 756.7º C.c. alude al 142 (que no afecta a los hermanos), y no al 143 C.c. (cuyo último pár. alude a los auxilios necesarios para la vida debidos por los hermanos); es más, la prueba de que por medio del a. 146 no se ha pretendido incluir a los hermanos es que si se les hubiese excluido, tal precepto no sobraría. De otro lado, no vemos justificado limitar los posibles indignos en caso de sucesión testada a las personas con deber de alimentos, puesto que el precepto no hace ninguna alusión a ello, ni distingue, en general, entre sucesión testada e intestada; ésta sería una interpretación modificativa, aunque restrictiva, basada únicamente en la *EM*, por lo que ha de rechazarse, más aún teniendo en cuenta que dicha tesis ni siquiera se deduce claramente de la *EM*. Igualmente se añade que incluir, como posibles indignos en la sucesión testada, a las personas sin deber de alimentos, sería dar demasiada amplitud a esta causa de indignidad, a lo que cabe oponer que sería la misma que la que se defiende para la intestada, pues en ésta alcanzaría a parientes colaterales sin obligación alimenticia. Por último, podemos alegar contra esta postura, que lleva al sinsentido de no considerar indigno de suceder al pariente colateral de 3º o 4º grado que no prestó las atenciones debidas si se le designó heredero en testamento, y sí, si fue llamado abintestato, lo que equivaldría a reconocer a la designación en testamento anterior a la conducta reprobable (no

posterior, pues se aplicaría el a. 757 C.c.) un poder rehabilitador de carácter preventivo o por anticipado inaceptable."

Por su parte, SERRANO GARCÍA[417] entiende que "solamente los llamados a la herencia del discapacitado que también están obligados a prestar alimentos (es decir: cónyuge, descendientes, ascendientes, y hermanos; es decir, las personas mencionadas en el art. 144 C.c.) son los que pueden ser indignos".

Recientemente, REPRESA POLO[418] considera que "sólo podrán declararse indignos en la sucesión de una persona con discapacidad quienes, teniendo obligación de prestar atenciones, entendiendo por éstas las delimitadas en el art. 242 CC (debe querer referirse al art. 142 CC), no las hubieran prestado y esa obligación sólo recae sobre ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos."

Esas posturas también deben ser rechazadas en base a la argumentación esgrimida anteriormente.

Basándose en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, DÍAZ ALABART[419] considera que sólo podrán ser indignos los herederos abintestato (tengan o no deber de alimentos), y que los legitimarios que negasen alimentos sin causa que lo justifique podrían ser desheredados, en base a los artículos 853.1º, 854.2º y 855.3º del Código civil.

---

[417] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 555.

[418] REPRESA POLO, M.ª P.,"Treinta y seis. Se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados así", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* op. cit., pág. 925.

[419] DÍAZ ALABART, S., "La protección económica de los discapacitado a través del Derecho de Sucesiones", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: Pérez de Vargas Muñoz, J., Editorial La Ley, 2011, pág. 923.

Esta tesis también debe rechazarse, ya que, en nuestra opinión, supondría otorgar a dicha Exposición de Motivos mayor valor del que le corresponde (ya señalamos anteriormente que las exposiciones de motivos son un elemento que pueden ayudar a interpretar las normas, pero se pude considerar que no constituyen un elemento vinculante, pues carecen de carácter normativo, de modo que en caso de discrepancia entre la exposición de motivos y el texto legal de una norma ha de prevalecer éste; y el art. 756.7º C.c. habla de "la sucesión" en general, sin matizar a qué tipo de sucesión se refiere, por lo que parece razonable entender que alude tanto a la sucesión testada como a la intestada).

Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ[420], dice que para ser indigno debe tratarse "de personas que, en principio, han de tener

[420] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., pág.233; quien, en las páginas 234 y 235, añade comentarios sobre determinados supuestos, que transcribimos a continuación: "¿Y en el supuesto de que la persona de que se trate sea llamado a la herencia por derecho de representación (arts. 924 y sigs. CC) o por derecho de transmisión (art. 1006 CC)?

Creo que, en lo que se refiere al "ius representationis", (que sólo tiene lugar en la herencia intestada o en la voluntaria con respecto a las legítimas) hay que aplicar la doctrina jurisprudencial de que <<requiere que el representado premuera al causante, de quien no llega a ser heredero, pues los representantes suceden directamente al decujus>> STS 5-Julio-1966. Es decir que, si fue el representado quien, durante su vida, incurrió en la causa de indignidad que aquí se examina (no prestar alimentos al discapacitado) respecto a la herencia del discapacitado, resultará que, como, al fallecer antes que éste, <<no llega a ser heredero del mismo>>, no se le podrá atribuir ningún tipo de indignidad de las reguladas en el 756. En cambio, será el representante, por suceder <<directamente al decujus>> (en nuestro caso, al discapacitado), de quien podrá predicarse, en su caso, el carácter de indigno si en él se diera la causa de indignidad regulada en el apartado 7º del art. 756 CC.

En cambio, parece que en lo relativo al ius transmisionis habrá que adoptar la solución contraria y ello porque, respecto a la pregunta de a quién sucede el transmisario, parece imponerse la tesis de que sucede al transmitente y no al decujus y así lo tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia, aunque bien es verdad que en materia fiscal. Según esta jurisprudencia, el transmisario con su aceptación, produce la entrada de bienes en el patrimonio del transmitente que, necesariamente sobrevivió al causante

<<derecho a la herencia>> del discapacitado. Es decir, llamados a ella por una de estas tres vías: por testamento (ya sea en concepto de heredero o legatario) por declaración de herederos abintestato o por derecho legitimario". Postura que nos parece acertada, con la matización que más adelante exponemos.

---

de la transmisión (en nuestro caso, el discapacitado). Siguiendo esta tesis, si la causa de indignidad concurre en el transmitente el transmisario no heredará nada porque si el transmitente lo que transmite es su derecho a aceptar la herencia del causante, es evidente que no transmite nada porque, al no tener derecho a suceder, no tiene derecho a aceptar. Todo ello siempre que no se trate del supuesto previsto en el art.761 ya que en tal supuesto "*Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviera hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima".* Pero ¿y si la causa de indignidad concurriere sólo en el transmisario? Parece demasiado fuerte (por injusto) entender, aplicando unos criterios jurídicos determinados, que se beneficie y disfrute de los bienes del discapacitado quien le negó los alimentos. Por ello creo que, al caso, habrá de aplicar, más una jurisprudencia de intereses que de conceptos, y entender que, en este caso, aunque el transmitente sí tenía a su muerte el derecho a aceptar la muerte del causante, al ser este derecho el que se transmite, no puede ejercitarlo quien resulta indigno para ello, es decir, no puede conseguir la subentrada de los bienes en el patrimonio del transmitente para conseguir el paso de estos bienes a su propio patrimonio.

¿Y en el caso del art. 857 del Código civil cuando el desheredado es heredero del discapacitado? La causa de indignidad, en su caso, respecto de la herencia del causante, habrá de darse en los hijos o descendientes del desheredado que son <<los que tienen la cualidad de legitimarios (que correspondía al padre y que perdió por desheredación)>> STS 31-octubre-1995.

En el caso del derecho de reversión, respecto a la donación hecha al discapacitado por su padre o ascendiente (art. 812 CC) no cabe duda de que, si tiene lugar la indignidad del donante para heredar los bienes del hijo o descendiente donatario, no tendrá lugar la reversión, al ser ésta, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, un supuesto de sucesión legal.

Finalmente, en el supuesto de reserva del 811, no debe plantearse problema alguno al tratarse de dos sucesiones distintas, la del reservista respecto al causante de la reserva, por un lado, y la del reservatario respecto al reservista, por otro. Respecto a cada una de ellas habrá de predicarse la existencia o no de la causa de indignidad del que tiene derecho a la herencia de su causante, que será el discapacitado, ya sea éste el causante de la reserva en un caso o el reservista en el otro."

En el mismo sentido, la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[421] entiende que pueden ser indignos, "tal como dice el a. 756.7º, <<las personas con derecho a la herencia>>, físicas o jurídicas, herederos abintestato o herederos o legatarios designados en testamento, legitimarios o no…..Por tanto, cualquier heredero o legatario que haya desatendido durante su vida a su causante discapacitado incurrirá en indignidad".

En nuestra opinión, parece razonable la anterior postura y entender que pueden ser indignas todas "las personas con derecho a la herencia", sean herederos abintestato o sean herederos o legatarios testamentarios, y sean legitimarios o no, pero siempre que las mismas personas hayan tenido conocimiento de la obligación que les incumbía de prestar "las atenciones debidas" a su causante persona con discapacidad y, a sabiendas de ello, no la hayan cumplido (es posible el caso de una persona, que sin tener derecho legal a la herencia ni previa obligación de alimentos, sea llamada a heredar en testamento, y a la que ni el testador ni nadie le haya comunicado tal nombramiento). Lo contrario supondría,

[421] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 821; los argumentos que esgrime para defender su postura de que pueden ser indignos <<las personas con derecho a la herencia>>, físicas o jurídicas, herederos abistestato o herederos o legatarios designados en testamento, legitimarios o no, son los siguientes: "….porque: la Ley no distingue; las causas de indignidad se aplican a las sucesión testada y a la intestada; en el proceso de formación del precepto se pasa de aludir expresamente a los "parientes colaterales" a referirse en general y con más amplitud a "personas con derecho a la herencia"; el valor limitado de la *EM*; no equivaler jurídicamente "atenciones debidas" a "alimentos legales entre parientes", aunque tal pueda ser su contenido material; y ser la sola intención del a. 146 C.c. determinar la cuantía de esas "atenciones", no fijar quiénes pueden ser o no indignos[421], como se deduce de la propia *EM* cuando dice "aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos", lo que consideramos aplicable a la sucesión intestada y a la testada."

como dice la profesora HERNÁNDEZ IBAÑEZ[422], “sancionar con la privación del derecho a la herencia un mero incumplimiento objetivo cuya existencia el así sancionado ignoraba”.

---

[422] HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., “La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas”, op. cit., pág. 195; en las páginas 194 y 195, la citada profesora escribe sobre dicha causa de indignidad lo siguiente “La nueva causa extiende la sanción de la indignidad sucesoria tanto a los alimentantes genuinos ex articulo 143, como a quienes no siéndolos propiamente, sin embargo, vienen obligados a prestarlos por mor del articulo 756.7°. A partir de ahora, toda persona que tenga derecho a la herencia, con independencia de que sea legitimario, heredero forzoso, así como cualquiera otra que hubiera sido llamada a la sucesión como heredero o legatario, adquiere por este solo hecho la condición de alimentante del causante discapacitado.

Los descendientes, ascendientes, cónyuge viudo, y parientes colaterales hasta el cuarto grado, a pesar de que los parientes en tercer y cuarto grado no tienen obligación de alimentos, son presuntos herederos por su relación de parentesco con el causante discapacitado en la sucesión intestada, y parece que el Código parte de la presuposición de que son sabedores de que si no le prestan las atenciones debidas pueden ser indignos para sucederle. Las demás personas, en cambio, no tienen porque saber que pueden heredar, a no ser que el testador se lo haya comunicado —y eso cuando pudiera hacerlo por no carecer de capacidad de obrar— que sería el único supuesto en el que estaría obligado a ello y no podría alegar ignorancia. En los demás casos de sucesión testamentaria, en los que no existe una previa y cognoscible obligación legal de dar alimentos y que, por tanto, nadie los reclama, no parece posible alcanzar, en términos de la lógica de lo razonable, la consecuencia de que quien así se comporta resulta indigno para suceder. Por ello coincido con DIAZ ALABART en que «si no hay obligación legal de alimentos, entramos en un supuesto que desde luego no puede calificarse a priori de grave, puesto que no tiene sentido tachar de tal una conducta a la que no se está obligado legalmente. Mas, aun, puede parecer hasta desproporcionado hablar en este caso de conducta indigna». Pero no puedo compartir la conclusión de que «es evidente que esta ha sido la opción del legislador», pues ello equivaldría a consagrar una obligación de imposible cumplimiento, por desconocimiento de su existencia, y sabido es que ad imposibilia nemo tenetur. Consecuentemente, entiendo que, en todo caso, el alimentante debe tener conocimiento de la obligación que le incumbe y a sabiendas de ello dejar de cumplirla, con independencia de que se trate de sucesión testada o intestada. Lo contrario supondría sancionar con la privación del derecho a la herencia un mero incumplimiento objetivo cuya existencia el así sancionado ignoraba.”

Por último, respecto a quiénes pueden interponer la acción para que se declare la indignidad, serán los que tendrían derecho a le herencia en lugar del indigno[423].

7.- Las "atenciones debidas"

Mediante la indignidad se trata de sancionar a las personas que realizan comportamientos o conductas reprobables respecto del causante de una herencia a la que aquellas han sido llamadas.

En el supuesto del artículo 756.7º del C. C., hemos dicho más arriba que pueden ser sancionados con la tacha de indignidad todas "las personas con derecho a la herencia", sean herederos abintestato o sean herederos o legatarios testamentarios, y sean legitimarios o no; lo que, como sabemos, incluye a los parientes colaterales de tercer y cuarto grado, que no tienen el deber legal de alimentos entre parientes.

En todo caso, como bien dice PUIG FERRIOL[424] "… puede considerarse socialmente reprobable que unos parientes dejen de prestar los alimentos precisos, aun sin estar obligados a ello, y posteriormente reclamen después unos derechos sucesorios como herederos abintestato respecto a la persona a la que no prestaron los auxilios necesarios para su subsistencia, circunstancia ésta que parece haber tenido en cuenta el legislador, pues según la exposición de motivos de la Ley 41/2003 la nueva causa de indignidad sucesoria opera aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestar alimentos, es decir y con referencia al caso que nos ocupa, los parientes del discapacitado en

[423] Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de marzo y 2 de julio de 2003.

[424] PUIG FERRIOL, L., **"**Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", *Protección jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad,* Xornadas e Seminarios**, (**Escola Galega de Administración Pública**),** Santiago de Compostela, 2.005, pág. 304.

los grados tercero y cuarto en la línea colateral, son indignos de suceder abintestato al causante, si no le prestaron las atenciones que previenen los artículos 142 y 146 del Código, aunque no estén jurídicamente obligadas a prestarle alimentos"[425].

Respecto a qué son "las atenciones debidas", el propio artículo 756.7º dice que hay que entender "por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil". En consecuencia, su contenido será el de los alimentos legales entre parientes en sentido amplio o alimentos civiles (art. 142 C.C.) y su cuantía será proporcionada al caudal o medios de quien los da (el posible indigno) y a las necesidades de quien los recibe (el futuro causante discapacitado), según el art. 146 del C.C.[426]. En lo que se refiere a la indignidad, en acertada opinión de MARTÍN MELÉNDEZ[427], el comportamiento negativo (no prestar las atenciones debidas) a tener en cuenta se referirá siempre a ese contenido y a esa cuantía, independientemente de que el que lo realice sea una persona sobre la que pese el deber de alimentos amplios (cónyuge, ascendiente o descendiente), o los auxilios necesarios para la vida del art. 143.2 C.C. (hermano), o ninguno de los dos (colateral de tercer o cuarto

[425] En el mismo sentido se manifiestan MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 822; y RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., págs.360 y 361.

[426] Vid. Sentencia Audiencia Provincial de Asturias, de 9-marzo-2012; Sentencia Audiencia Provincial de Burgos, de 6-junio-2006, que declara que "las atenciones debidas no prestadas no pueden ir referidas a las que desde consideraciones éticas o morales pudieran resultar convenientes, incluso exigibles", sino a la de los artículos 142 y 146 del C.c. En el mismo sentido, vid. Sentencias Audiencia Provincial de La Rioja, de 19-junio-2009 y 12-marzo-2013.

[427] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., págs. 822 y 823.

grado o cualquier persona en general, pariente o no)[428], dado que la misión de la alusión a los artículos 142 y 146 del C.c., según se desprende del texto del C.C., es sólo determinar cuáles son esas "atenciones debidas", y no los sujetos que pueden ser indignos. Se puede entender que así se deduce, además, de la propia exposición de motivos de la Ley 41/2003, cuando dice: "ello, aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos"[429].

En ese sentido, en opinión de MARTÍN MELENDEZ[430] "el adjetivo <<debidas>> que califica a las <<atenciones>>, no alude a

[428] Opinión distinta mantiene MINGORANCE GONSÁLVEZ, C., "La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI,* op. cit., pág. 677, quien escribe "… debemos delimitar dos tipos de contenido distinto; esto es, hay que entender que el contenido de las <<atenciones debidas>> referido al cónyuge, descendientes y ascendientes del discapacitado, coincide con el art. 142 del código civil, en relación con el art.146; el contenido de las mismas referido a los hermanos viene delimitado por los <<auxilios necesarios para la vida>> *ex* art. 143 del CC, pues no tendría sentido exigirles más por esta vía, que la obligación genérica que el Código les impone en el Título dedicado a los <<alimentos entre parientes>>; con relación a los demás sujetos susceptibles de incurrir en esta causa de indignidad y que no tienen obligación de alimentos entre parientes habría que entender que las <<atenciones debidas>> hacen referencia igualmente a los auxilios necesarios para la vida, en consonancia con el nivel de exigencia alimenticia que las normas imponen de modo genérico para los hermanos, pues resultaría ilógico una mayor exigencia a estos sujetos, -así, pensemos en un primo hermano-, que a los propios hermanos."

[429] Sobre las "atenciones debidas", escribe SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* op. cit., pág. 558: "Esto puede indicar que la nueva causa de indignidad de la Ley 41/2003 no se está refiriendo a la obligación legal de alimentos entre parientes a pesar de la remisión del artículo 142 del Código civil, sino que se está tratando de otra situación en alguna manera equiparable a los alimentos. Esta sospecha se fundamenta en la utilidad de la expresión <<atenciones debidas>>. La <<atenciones debidas>> quizá no precisen de sentencia que determine la obligación alimenticia y su cuantía, pero plantea evidentes problemas de prueba".

[430] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 823, quien añade: "Por otra parte, es verdad que dicha *EM* se refiere, en general, al título VI del libro I del C.c., dentro del cual se regulan tanto los

la existencia de un <<deber>> de alimentos, sino que significa <<oportunas>> o <<pertinentes>>". De opinión distinta es PEREZ DE VARGAS[431], para quien las "atenciones debidas" no son "atenciones pertinentes" o "atenciones necesarias" ya que escribe que "… y lo que se dice << deber atenciones>> al discapacitado sólo se las deben –porque así lo determina le Ley- las personas a las que nos hemos referido más arriba (es decir, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos). Por tanto, si no se deben atenciones al discapacitado, ningún incumplimiento de su obligación *debida* hubo por parte de los sobrinos del discapacitado, o en su caso, por los hijos de estos sobrinos (nietos del hermano del discapacitado). Cosa distinta sería que por <<atenciones debidas>> hubiera de entenderse <<atenciones pertinentes>> o <<atenciones necesarias>>. Pero no ha sido ésta la redacción dada por el art. 756.7º CC por nuestro legislador de 2003, que podría haberse referido a los <<alimentos regulados por el título VI del Libro I del Código civil>>, como hace el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003. Ha preferido utilizar la

---

alimentos amplios como los restringidos, pero lo cierto es que el a. 756.7º C.c., concreta tal remisión a los a. 142 y 146 C.c., lo que excluye la consideración de la consistencia y cuantía de los restringidos. Así, el hermano incurrirá en indignidad aunque cumpla con su deber de alimentos del 143, pár. 2 C.c., si no llega a colmar las necesidades y cantidades de los del a. 142 en relación con el a. 146 C.c. Y lo mismo cabe decir de quien no tiene deber legal de alimentos de ningún tipo: para no ser indigno tendrá que prestar atenciones equivalentes a esos alimentos en sentido amplio. Ahora bien, también pensamos que, para justificar la indignidad, el incumplimiento ha de ser de trascendencia. Igualmente, esta causa de indignidad puede darse en una persona vinculada con el causante por un contrato de renta vitalicia o de alimentos, en cuyo caso el incumplimiento de éstos no tiene por qué suponer necesariamente indignidad, pues mientras de alguna forma, aunque sea a través de un cumplimiento insuficiente de esos contratos, cubra las atenciones del discapacitado conforme los a. 142 y 146 C.c., se mantendrá digno de suceder."

[431] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., págs.395.

expresión <<atenciones debidas>>; y consiguientemente, *debidas* por alguien.

En caso de matrimonio, es decir, cuando el causante discapacitado y el posible indigno son cónyuges, las "atenciones debidas" quedan embebidas en el deber de ayuda y socorro mutuo de los artículos 67 y 68 del Código civil, pues su contenido es más amplio que aquellas, ya que comprende tanto la ayuda personal como económica entre cónyuges para que ambos vean satisfechas sus necesidades[432].

Algo semejante ocurre en el caso de los hijos "*in potestate",* es decir en el supuesto de que la persona con discapacidad es o fue un hijo sometido a la patria potestad de la persona con derecho a la herencia que puede incurrir en indignidad, ya que "las atenciones debidas" quedan incluidas en los deberes de todo orden (físico, y moral o espiritual)[433] que derivan de la filiación (artículos 110 y 111 C.c.) y que impone a los padres respecto a sus hijos no emancipados el artículo 154 del Código civil conforme al art. 39.3 de nuestra Constitución.

La conducta que provoca la indignidad puede haberse producido en cualquier momento de la vida de la persona con

[432] Por dicho motivo, piensa MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 824, que "no siempre que durante la vida normal del matrimonio se incumplan los deberes de los a. 67 y 68 C.c., se incurrirá en causa de indignidad, pues en lo que el cumplimiento de esos deberes exceda del contenido de las <<atenciones debidas>>, no habrá indignidad por la causa del a. 756.7º C.c., aunque podrá darse la causa de desheredación del a. 855.1º C.c."

[433] Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 5-octubre-1993, 24-abril-2000 y 16 –julio-2002.

discapacidad y la tacha continuará mientras no haya rehabilitación por parte del testador (art. 757 C.C.)[434].

Cabe plantear la cuestión de si habría que considerar indigna a una persona llamada a la herencia que, conociendo la situación de necesidad del discapacitado, no le prestó la ayuda necesaria, alegando que no estaba directamente obligada por existir otras personas llamadas preferentemente por la ley a cumplir dicha obligación. La respuesta afirmativa parece ser la correcta, aunque la doctrina discrepa en cuanto al fundamento de dicha postura favorable a considerar indigna a dicha persona.

PÉREZ DE VARGAS[435] parece deducir la respuesta afirmativa de la frase de la exposición de motivos de la Ley 41/2003 "y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos"; según el citado autor, dicha frase "podría

---

[434] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., págs. 825 y 826 considera que "la aplicación del a. 756.7º C.c requiere, como los alimentos legales, que habiéndose dado una situación de necesidad en el discapacitado y de posibilidad económica del posible indigno, aquél le hubiese reclamado las "atenciones debidas" y éste se las hubiese denegado. Ahora bien, no creemos que para que exista esta causa de indignidad, se exija, cuando el presunto indigno fuera una persona con obligación legal de alimentos, la interposición de la demanda de alimentos por el discapacitado y la sentencia estimatoria de la misma, de modo que sólo a partir de entonces, si no se cumple dicha sentencia voluntariamente, se hubieran dejado de prestar la atenciones debidas (tal y como se derivaría del a. 148 C.c.); ello porque, si el presunto indigno no fuera persona obligada legalmente a prestar alimentos (ya sean amplios o restringidos), no podrían exigirse tales requisitos al no poder reclamarse judicialmente esas <<atenciones debidas>> por no existir ningún deber legal previo que las sirva de base, con lo que serían peor tratados los parientes más lejanos o no parientes, que los ascendientes, descendientes o hermanos, pues las personas de este último grupo sólo podrían ser indignas si se hubieran cumplido esas exigencias, mientras que las del primero serían indignas sin mediar reclamación judicial, sino simplemente extrajudicial. Por eso pensamos que, en todo caso, bastará con acreditar la reclamación extrajudicial concurriendo necesidad y posibilidad, y la negativa a prestar las atenciones voluntariamente, para reconocer la indignidad."

[435] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. págs.9 y 10.

también tener el sentido de que, siendo las personas llamadas a la sucesión abintestato del discapacitado las mismas que vienen por ley obligadas a prestarle alimentos (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos), podrían devenir indignas, si no le prestaron alimentos, a pesar de no venir obligadas a ello antes que otras, que habría de prestárselos prioritariamente; es decir, según esta segunda interpretación, toda persona obligada a prestar alimentos al discapacitado -sea cual fuere el orden en que viniera obligado a prestarlos, según el artículo 144 del Código civil- caería en indignidad si, conociendo la situación de necesidad de aquél, no le prestó la ayuda necesaria, y ello aunque no fuera la persona directamente obligada a prestarla, por venir otras llamadas preferentemente por ley al cumplimiento de esta obligación."

Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ[436] también es partidaria de la respuesta afirmativa, pero por otra motivación, ya que considera que "en este pasaje la *EM* simplemente quiere decir lo que dice (que se puede ser indigno, aunque no se esté obligado a prestar alimentos) y no resolver esta cuestión, pero estimamos que la respuesta ha de ser afirmativa porque la causa del a. 756.7º es ajena al deber de alimentos y, por tanto, no le es de aplicación el orden del a. 144 C.c. Ahora bien, el llamado que satisfizo las atenciones al discapacitado habiendo otras personas obligadas preferentemente que no lo hicieron, podrá dirigirse contra ellas para reclamárselas conforme al a. 1894, pár. 1 C.c., en la cuantía que por alimentos les correspondiera, y no por ello perderá la dignidad."

[436] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 826.

Nosotros nos inclinamos, también, por la respuesta afirmativa y por la fundamentación expuesta por la profesora MARTÍN MELÉNDEZ.

8.- Consideraciones finales

Nos parece razonable y plausible que el Código civil establezca la declaración de indignidad o la desheredación del curador de una persona con discapacidad que ha sido removido de la curatela por incumplir los deberes de asistencia y protección de la persona que tiene a su cargo.

También hay que valorar favorablemente el intento del legislador de 2003 de mejorar la situación de las personas con discapacidad a través de la incorporación al artículo 756 del C. C. de la nueva causa de indignidad del número séptimo[437]. Si a las personas llamadas a suceder a una persona con discapacidad no les mueven los buenos sentimientos y el cariño y afecto que debe emanar del parentesco o de las relaciones de familia, que al menos les mueva el interés de no quedar privados de su herencia[438].

Ahora bien, desde el punto de vista de técnica jurídica, la reforma es bastante mejorable, ya que el legislador debería haberse expresado de forma más precisa en cuanto a la delimitación de qué personas pueden llegar a ser indignas y a qué debe entenderse por atenciones debidas, es decir, cual es la

[437] En ese sentido PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. págs.14; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 826.

[438] En ese sentido PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.418.

conducta previa obligada, cuyo incumplimiento conlleva la indignidad; también debería haber procurado mayor armonía entre lo declarado en el apartado VII de la exposición de motivos de la Ley 41/2003 y lo expresado en el propio artículo 756.7º, dejando claro que el citado precepto es aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada[439].

También hay que plantearse si la negativa a los alimentos debidos no debería ser motivo de indignidad en cualquier caso y no

[439] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 827, después de reseñar las críticas anteriores, añade: "además, llama la atención que mientras que no se considera indigno al descendiente que incumplió su deber de alimentos hacia su ascendiente causante, ni al que hizo lo propio con su cónyuge separado o no, o al que negó los auxilios a su hermano, si el causante es discapacitado se sancione con la indignidad a toda persona con derecho a la herencia que no le preste las atenciones debidas, sea o no pariente, y tenga o no deber de alimentos. Esto puede deberse a que el legislador buscó asegurar al máximo que el discapacitado viera cubiertas sus necesidades durante su vida, si no es por unas personas, por otras, pero rompe la coherencia interna del a. 756 C.c., cuya recuperación exigiría, u otro número en el que se contemplara como causa de indignidad el no haber cumplido el deber de alimentos para con el causante, o reducir los supuestos de indignidad del 756.7 C.c. a aquellos en que existiera deber de alimentos".

También critican la reforma del artículo 756.7º, desde el punto de vista técnico-jurídico, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.418; y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.14; y MINGORANCE GONSÁLVEZ, C., "La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI,* op. cit., pág. 678, quien escribe: " a mi juicio la inclusión de una nueva causa de indignidad para suceder al discapacitado basada en la negativa a prestar las atenciones debidas tiene una construcción técnica defectuosa al no establecer con claridad una conducta previa obligada, que sería la que debiera seguirse, dando lugar a la indignidad…..Pero, si la indignidad se extiende a cualquier otra persona que pueda tener algún derecho legal en la sucesión del discapacitado, parece ilógico establecer idéntica sanción para los obligados legalmente a prestar alimentos, como para los que carecen de esta obligación. Tal vez, con respecto a las personas que se deben alimentos entre sí, esta nueva causa de indignidad puede propiciar que la obligación de alimentos entre parientes se cumpla sin necesidad de recurrir a la vía judicial para reclamarlos; pero con respecto a las personas que no tienen tal deber, el legislador debería haber delimitado un poco más, concretando cuales son los sujetos obligados y cuál es el contenido de esas atenciones."

sólo cuando se trate de un alimentista que sea persona con discapacidad, o como, en referencia al artículo 756.7º C.c., escribe el profesor LASARTE[440], "la actual redacción del precepto, perfectamente fundada a nuestro juicio, plantea la duda de si la negativa a los alimentos no debería ser causa de indignidad (y no sólo de desheredación: cfr. arts. 853.1.ª, 854.2.ª y 853.3.ª) en cualquier caso, con carácter general, con independencia de las condiciones psico-físicas del alimentista."

Otra cuestión que se puede plantear es si el legislador debería haber extendido expresamente "las atenciones debidas" – además de a la reguladas en los artículos 142 y 146 C.C.- a unas prestaciones inmateriales como cuidados, cariño, convivencia, afecto, en definitiva, a todo cuanto supone "ocuparse del discapacitado", ya que como plantea el notario LEÑA[441] "¿de qué le serviría a éste tener bienes y no necesitar económicamente a nadie, si no tiene, entre los que habrían de ser sus herederos, quien se constituya en defensor de hecho o acepte su tutela y se ocupe de materializar esas atenciones con esos bienes o quien, simplemente le ayude (no se olvide que la discapacidad puede ser solamente la física) a realizar las actividades necesarias para atender esas atenciones debidas? Es más, dejando aparte las necesidades físicas, ¿podría entenderse que no se extiende la indignidad a

[440] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 14ª edición, op. cit., pág. 38, quien, a continuación, hace referencia a la STS 235/2018, de 23 de abril (Pon. Baena), que considera en el caso de un menor que padecía una parálisis cerebral, el hecho de que careciese de una referencia paterna, dada la falta de un padre que se comunicase con él, le visitase y le proporcionarse cariño, afectos y cuidados, se debe considerar una conducta de gravedad de manera que su *reprochabilidad* tiene suficiente entidad, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor."

[441] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", op. cit., págs.237 y 238.

quien, quizás durante años, no se molestó en ir a visitar y atender las necesidades afectivas del discapacitado? Ahí queda la pregunta para posibles modificaciones, incluso para el texto reglamentario que ha de salir." En ese sentido se manifiesta también HERNÁNDEZ IBAÑÉZ[442], cuando afirma "…creo que en la causa séptima del artículo 756, también, debería haberse incluido el cuidado y atención personal del discapacitado, a pesar de que la obligación alimenticia, como se ha señalado, tenga un carácter netamente patrimonial".

También hay que plantearse la utilidad práctica de la causa de indignidad que estamos tratando del artículo 756.7º del C.C. Si partimos de la existencia de una persona con discapacidad necesitada de atenciones que con sus propios medios no puede satisfacer, lo normal será que a su fallecimiento su herencia sea insignificante[443]. Entonces, ¿para qué esta causa de indignidad? PEREZ DE VARGAS[444] esgrime dos razones: "en primer lugar, el conocido argumento de que la herencia de una persona no depende de que en ella haya o no bienes dejados por el causante (siempre habrá herencia aunque no haya bienes; en segundo lugar, puede

[442] HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", op. cit., pág. 189.
[443] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* op. cit., pág. 826; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.418; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados, op. cit. pág.14; MINGORANCE GONSÁLVEZ, C., "La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI,* op. cit., pág. 678; y HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", op. cit., pág. 198.
[444] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* op. cit., pág.418.

ocurrir que el discapacitado haya necesitado en algún momento de su vida que le presten <<las atenciones debidas>> (alimentos) a que se refiere el art. 756.7º del Código Civil, y le hayan sido denegadas por quien ahora pretende sucederle, pero después haya << mejorado de fortuna>> (por utilizar la terminología empleada en el art. 152.3.º CC). Parece razonable que en un caso así la Ley impida acceder a la sucesión del discapacitado a quien mantuvo con él un comportamiento tan deleznable, salvo –claro está- que aquel le rehabilite." Este argumento nos parece muy acertado, justo y de sentido común.

Como ya dijimos, tras la Ley 8/2021 el texto del ordinal 7º del artículo 756 CC no se ha reformado, pero sí su ámbito de aplicación ya que el concepto de persona con discapacidad al que se refiere es el recogido en el nuevo párrafo primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil.

Se trata de una modificación limitada, poco ambiciosa, ya que el legislador podría haber realizado una reforma de mayor calado, ampliar la protección de la persona con discapacidad y solucionar los problemas de interpretación de la norma, puestos de manifiesto por la doctrina desde su incorporación al Código civil en 2003. En ese sentido se manifiesta también REPRESA POLO[445], quien afirma "con esta limitada modificación pierde el legislador la oportunidad de haber realizado una reforma más completa que permitiera aumentar la protección de la persona con discapacidad y eliminar los problemas interpretativos que ha generado la norma desde su

[445] REPRESA POLO, M.ª P.,"Treinta y seis. Se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756, que quedan redactados así", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* op. cit., pág. 922.

introducción, en el año 2003, en el Código Civil, de manera que fuera posible expulsar de la herencia al sucesor que hubiera abandonado al testador, independientemente de si estaba obligado o no a prestar atenciones y aclarando el contenido de éstas.”

CAPITULO V

LA EXENCIÓN DE COLACIÓN DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES CON DISCAPACIDAD RESPECTO DE LOS GASTOS REALIZADOS POR SUS PROGENITORES Y ASCENDIENTES PARA CUBRIR SUS NECESIDADES

CAPITULO V

La exención de colación de los hijos o descendientes con discapacidad respecto de los gastos realizados por sus progenitores y ascendientes para cubrir sus necesidades especiales

1.- Introducción

Como ya dijimos con anterioridad, el artículo 10 de la Ley 41/2003 modificó el Código civil en materia de régimen sucesorio y dicha modificación afectó, entre otros, al artículo 1041, relativo a la colación, al que añadió un segundo párrafo, del siguiente tenor literal: "Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad". Se trata de la última modificación introducida en el ámbito del Derecho Sucesorio por la Ley 41/2003, cambio legislativo de menor amplitud que los anteriores, pero sin duda de singular relevancia práctica.

Con posterioridad, la Ley 8/2021 ha modificado levemente la redacción de los dos párrafos del artículo 1041[446], cuyo actual tenor literal es el que sigue:

"No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales

[446] Con anterioridad a que la Ley 41/2003 le añadiera un segundo párrafo, el artículo 1041 CC, en un único párrafo, decía que "no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre".

de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad".

La única diferencia del actual primer párrafo en relación a la redacción anterior a la reforma introducida por Ley 8/2021 es la supresión de la frase "equipo ordinario", que ya no aparece en el nuevo artículo 1041.

En cuanto al segundo párrafo, las diferencias de la redacción actual con la que introdujo la Ley 41/2003 son dos. En la redacción actual se habla de "*progenitores* y ascendientes", y la redacción anterior se refería a "*padres* y ascendientes". En segundo lugar, la redacción actual se refiere a "cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su *situación de discapacidad*"; mientras que la redacción anterior hacía referencia a "cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes *con discapacidad".*

Como ya dijimos en la introducción de este trabajo, para precisar el significado de "discapacidad", a efectos del artículo 1041, tenemos que acudir a la Disposición Adicional cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006.

Esto último supone un cambio importante en relación a la redacción originaria de dicha Disposición Adicional por la Ley 41/2003.

A continuación, vamos a dar algunas pinceladas sobre los antecedentes históricos[447] de la colación.

En Derecho Romano, en el ámbito familiar, existían grandes desigualdades entre la situación jurídico-patrimonial de los hijos emancipados y la de los hijos sujetos a la potestad del padre. Mientras los hijos emancipados podían formar un patrimonio propio, todos los bienes de los sometidos a la potestad del padre, engrosaban el patrimonio de éste[448]. Como consecuencia de no estar sometidos a la patria potestad, se excluía a los hijos emancipados (también a las mujeres y a los ascendientes) de la sucesión intestada.

La rigidez del sistema sucesorio de la época de las XII Tablas se suaviza posteriormente en el Derecho Pretorio, que admite la sucesión *ab intestato* y *contra tabulas* de los hijos emancipados[449]. Se pretendía con ello lograr la igualdad de los herederos. Sin embargo, dicha inclusión en la sucesión dio lugar a otra desigualdad: el llamamiento a los emancipados suponía que éstos se beneficiaban de los incrementos económicos producidos en el patrimonio del padre por los hermanos no emancipados, mientras que éstos últimos no participaban en lo adquirido por aquellos tras

[447] Sobre la evolución histórica de la colación, podemos mencionar, entre otros, a los siguientes autores: GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *Anuario de Derecho Civil,* 1995, págs. 1107 y ss., GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria,* Editorial Tecnos, Madrid, 2002; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II, Perspectiva dinámica,* Civitas, Madrid, 1984, págs. 765 y ss; DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 509 y ss., autora cuya exposición nos sirve de base en nuestras pinceladas sobre la evolución histórica de la colación.

[448] Vid.: MARÍN LÁZARO, R., "La colación hereditaria", R*evista de Derecho Privado,* número 1, octubre 1944, págs. 5 y 6.

[449] Vid.: FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano,* Madrid, 1978, pág. 544.

la emancipación. Para mitigar esta desigualdad, el pretor dispuso que los emancipados que heredasen del padre *ab intestato* o *contra tabulas,* concurriendo a la herencia con hijos no emancipados, trajeran a colación los bienes adquiridos en virtud de su capacidad patrimonial[450]. El hijo emancipado debía aportar a la masa hereditaria todo lo adquirido desde la emancipación, hasta la muerte del padre; en el supuesto de no haber estado emancipado, los bienes los habría adquirido para el *pater;* es lo que se conoce como *collatio bonorum* o *collatio emancipati*[451]*.* Se recurre así a la ficción de considerar que los bienes del emancipado pertenecían al patrimonio del padre, del mismo modo que ocurría con las aportaciones hechas por los *sui* [452].

En el supuesto de la hija dotada que seguía perteneciendo a la familia de origen (casada *sine manu*), la regla jurídica era prácticamente idéntica: debía colacionar lo recibido en concepto de dote. Ésta se denominaba *collatio dotis*. El otorgamiento de la dote suponía la disminución del patrimonio paterno y ello era tenido en cuenta a la hora del reparto de la asignación hereditaria[453].

Con posterioridad, desapareció la distinción ente hijos emancipados e hijos no emancipados. En cuanto a la colación, se conservó la *collatio dotis.*

---

[450] Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Panorama *del Derecho de sucesiones, op. cit.*, pág. 767.

[451] Vid.: DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., pág. 510.

Sobre la collatio *emancipati,* escribe IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,* editorial Ariel, Barcelona, 1972, pág. 628: "Con la collatio emancipiti se salva el desigual tratamiento a los hijos en lo que toca a la capacidad adquisitiva –negada a los *sui*, y otorgada a los emancipados-."

[452] Vid.; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones, editorial* Ariel, Barcelona, 1979, págs. 628 y 629.

[453] Vid.: DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., pág. 510.

A partir del Derecho Justinianeo se configura la estructura de la colación que, con su correspondiente evolución, llega hasta nosotros. Ya no se aplica la *collatio bonorum* y pierde su justificación la *collatio dotis*, pero surge la llamada *collatio descendentium.* Con el Derecho Justinianeo se diluyen las diferencias que todavía existían en la sucesión intestada entre las dos categorías de hijos; se limita la colación a las donaciones ob causan (eran la entrega de dote, las donaciones *propter nupcias*, las donaciones "para obtener cargo público", y las *emendam militiam*)[454]; se aplica la colación a todo tipo de sucesión, incluida la testada; y se establece el carácter dispositivo de la colación[455].

Durante la Alta Edad Media, se impone la distribución igualitaria de la herencia entre los hijos, e incluso se elimina la posibilidad de mejorar a alguno de ellos. Por ello, la colación adquiere una importancia relevante y se incluyen en la misma todos los bienes recibidos por donación, cualquiera que fuese el tipo de ésta.

Con Las Partidas se vuelve al sistema del Derecho Justinianeo, distinguiendo el tipo de donación a efectos de colación, dejando fuera de la misma a las donaciones simples; salvo disposición en contra del causante, o cuando así resulte por razones de reciprocidad con otros descendientes. Se excluyen de la colación, aparte de los peculios castrenses, cuasi castrenses y adventicios, las antiguas donaciones *ad emendam militiam*, en las

[454] Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Panorama *del Derecho de sucesiones, op. cit.*, págs. 771 y 772.
[455] Vid.: DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., pág. 511.

que se incluían todos los gastos necesarios para armar caballero a alguno de los hijos y los gastos de educación[456].

Por su parte, las Leyes de Toro, siguiendo el sistema previsto en Las Partidas, excluyen de la colación las donaciones simples, salvo voluntad expresa en contra del causante. En el supuesto de que no constase tal voluntad, esas donaciones se incluían en la parte de mejora. Por lo que se refiere a las donaciones *ob causam* (consideradas colacionables), no se sometían al régimen de la colación cuando así lo decidía de forma expresa el causante, en cuyo caso pasaban a tener la consideración de mejora[457].

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se regula la colación como figura importante, con la finalidad de preservar, junto a la legítima, la igualdad entre los herederos forzosos. Se consideran colacionables todo tipo de donaciones, se suprime la colación *in natura* y se establece el modo de valoración de los bienes sujetos a colación.

Nuestro Código Civil de 1889 sigue la regulación de la colación realizada por el Proyecto de 1851, pero se diferencia de éste, fundamentalmente, por la no estimación como colacionable de las donaciones hechas por extraños en consideración al causante y por la inclusión de la colación de los nietos que suceden en representación de su progenitor[458].

---

[456] Vid.: DE LOS MOZOS, J.L., *La colación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, págs. 78 a 80.

[457] Vid.: GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria,* op. cit., págs. 22 a 24.

[458] Vid.: DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., págs. 512 y 513.

Tras estas pinceladas históricas, podemos observar, tal como hace la profesora DÍAZ PARDO[459], "cómo desde el Derecho Romano con la colación se pretendían evitar desigualdades de carácter económico entre aquellos herederos que tenían la consideración de forzosos, desigualdades que se podían provocar durante la vida del causante por la atribución de bienes a alguno de esos legitimarios en detrimento del resto".

2.- La colación en el Código civil

2.1. Concepto, naturaleza y fundamento de la colación

Como ha señalado VALLET DE GOYTISOLO[460], la palabra colación se usa en el Código Civil en tres sentidos:

-En el de computar en la regulación de las legítimas (art. 818 del CC, si bien también se refiere a él el art 1035 del CC, cuando dispone "para computarlo en la regulación de las legítimas"). Aquí estaríamos ante la colación en sentido amplio o en sentido no técnico de reunión ficticia o computación para el cálculo de la legítima y de la porción libre[461].

-En el de devolver a la masa partible el exceso inoficioso de lo donado (arts. 1036, 1037,1042 y 1044 del CC).

[459] DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., pág. 513.
[460] Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Panorama *del Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 777.
[461] Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "Artículo 818", C*omentario del Código civil,* tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2022.

-Y en el propio, de llevar a la cuenta de la partición (arts. 1035 a 1050 del CC)[462].

En este trabajo nos vamos a referir a la colación en sentido propio o estricto, conforme al cual puede ser definida, tal como lo hace GARCÍA-RIPOL MONTIJANO[463], como "la agregación que deben hacer a la masa partible los legitimarios que concurren como herederos a una sucesión con otros de la misma clase, del valor de las liberalidades que hubiesen recibido del causante, en vida de éste, para repartirlo en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias"[464].

---

[462] Así lo expone MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Vol. II,* Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 1628.

[463] GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa, op. cit., pág. 1106.

[464] Conforme a la exposición de MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones,* coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, págs. 236 y 237, vamos a diferenciar "cuatro conceptos próximos entre sí, tales como computación, atribución, imputación y colación:

a) El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*. A ella se refiere el art. 818 CC.

b) La atribución es el pago de la legítima por cualquier título; como herencia, como legado o como donación (arts. 815 y 819 CC).

c) La imputación es colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A la imputación de donaciones se refiere el art. 819.1 CC.

d) Distinto de todo ello es la colación. Éste es un tema de cálculo de legítima cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el art. 1.035 CC.

El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del art. 813 CC. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que

Como pone de manifiesto MARTÍN MELENDEZ[465], la colación es una operación meramente particional[466]–como lo demuestra la dicción del art. 1035 (“a la cuenta de la partición”) y su regulación, inmediatamente antes de la partición y en el mismo capítulo (Capítulo VI -del Título III, del Libro III-, titulado:”De la colación y partición”)-[467], que no pretende la determinación, ni la protección de las legítimas[468], sino que, al contrario, parte en su regulación de que

---

recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación.”

[465] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)”, op. cit., págs. 1628 y 1629.

[466] En ese sentido, TORRES GARCÍA, T. F., “La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios, 2 y 3 de diciembre de 2004, coordinador: Bello Janeiro, D., edita Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pág. 352;

[467] GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, op. cit, págs. 27 y 86 y ss.; SARMIENTO RAMOS, J., “Artículo 1.035”, C*omentario del Código Civil,* tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, pág. 2434; MONTÉS PENADÉS, V.L., “La colación”, *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* López y López, A. M., Montés Penadés, V., Roca i Trias, E. y otros, coordinador: Capilla Roncero, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, págs. 624 y 625, escribe: “La colación es una vicisitud de la partición entre herederos forzosos. Aun cuando, al menos en parte, se produce con carácter previo a la partición en sentido estricto, en cuanto significa una adición ideal contable a la masa a repartir entre aquellos (argumento *ex* art. 1045) la imputación de lo donado en la cuota sucesoria del donatario y la igualación cualitativa a la que los demás tienen derecho (art. 1047) expresan con claridad su naturaleza particional, lo que es coherente con la expresión que utiliza el art. 1035 (en la cuota de partición) y con la situación sistemática de los preceptos dedicados a la colación en el Capítulo VI, Título III*,* Libro III del Código civil”; Vid.: S. de 15 de febrero de 2001.

[468] GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, op. cit, pág. 108; TORRES GARCÍA, T. F., “La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados”, op. cit., pág. 352, escribe que “…se puede afirmar que la colación, aunque es imprescindible que se practique entre los legitimarios, no es un instrumento de defensa de la legítima sino una norma de reparto por virtud de la cual lo recibido en vida del causante constituye un anticipo de la herencia. Postura que la STS de 15 de febrero de 2001 corrobora <<la colación se refiere a la cuenta de participación del heredero en la herencia>> diferente a las acciones de reclamación y de suplemento de la legítima. Es por tanto una operación particional”.

éstas ya están fijadas y cubiertas[469], razón por la que no puede confundirse con la colación en sentido no técnico regulada en los artículos 813 a 818 del CC, que tiene precisamente tal finalidad[470].

Además, se pueden señalar varias notas distintivas entre la colación en sentido estricto del artículo 1035 y la colación en sentido amplio del artículo 818 del CC. En primer lugar, se distinguen por la naturaleza de sus normas, ya que la que regulan la colación en sentido estricto son de carácter dispositivo, cabiendo dispensa expresa por parte del causante siempre que se respeten las legítimas (art. 1036 del CC)[471], mientras que las que regulan la colación en sentido amplio son de derecho necesario, sin que quepa nunca dispensa. En segundo lugar, se distinguen por los sujetos que han de colacionar, ya que en la colación en sentido estricto sólo han de colacionar los legitimarios que sean herederos forzosos y que lo lleguen a ser efectivamente, mientras que en la

---

Según ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 166, aunque "la colación no tiene como finalidad la defensa de la legítima", en ocasiones, "la utilización de la colación puede evitar la lesión de la legítima, y por tanto, hacer innecesaria su defensa". GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil,* 2ª edición, Colegios Notariales de España, Madrid, 2.006, pág. 393, escribe que "… encuentro serias dificultades para insertar la colación en las operaciones particionales de la herencia, para ordenarla jurídicamente dentro o fuera de las legítimas, es decir para explicar un quehacer autónomo en el Derecho sucesorio, que algunos parecen querer concretar en los legitimarios, fundándola en un presunta voluntad del causante de igualar la participación en la herencia entre sus hijos más allá de las legítimas,….". La STS de 19 de junio de 1978 entiende que la colación tiene por fin defender la intangibilidad de la legítima.

[469] GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, op. cit, pág. 115.

[470] Vid.: distinguiendo entre ambos tipos de colación, la STS de 16 de junio de 1902; también la STS de 19 de junio de 1982, la STS de 17 de marzo de 1989, y la STS de 26 de abril de 1997.

[471] Según la STS de 21 de abril de 1990, la dispensa de colación quiere decir que no se imputa la donación a la legítima, pero sí se computa para hallar los tercios de legítima, mejora y libre disposición. En el mismo sentido: STS de 21de abril de 1997, STS de 22 de febrero de 2006 y STS de 14 de diciembre de 2006.

colación en sentido amplio deben colacionar todos aquellos que hayan recibido donaciones y liberalidades en vida del causante, sean legitimarios o extraños, y sean o no herederos, ya que se trata de averiguar si con dichas atribuciones a título gratuito se han lesionado las legítimas. En tercer lugar, la colación del articulo 818 CC sólo requiere que haya algún heredero forzoso en la sucesión, mientras que la colación del artículo 1035 CC requiere que concurran varios herederos forzosos[472].

En cuanto al fundamento[473] de la colación en sentido propio se ha discutido mucho, pero, en general, se pueden distinguir dos

---

[472] Estas notas distintivas son puestas de manifiesto por buena parte de la doctrina; podemos mencionar, ente otros, a los siguiente autores MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., págs. 1629 y 1630; TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", op. cit., págs. 351 y 352.

[473] Sobre el fundamento de la colación escribe LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op. cit., pág. 338, que "tradicionalmente y de forma prácticamente unánime, la doctrina civilista había venido encontrando el fundamento de la colación en la *voluntad presunta del causante* o, quizá, mejor dicho, en la generalización legislativa de la voluntad presunta de la mayor parte de los posibles causantes, dado que en la generalidad de los casos quienes pueden disponer de sus bienes lo hacen sobre premisa de igualdad entre sus herederos o descendientes.

Sin embargo, algunos autores italianos de la primera mitad del siglo XX han considerado preferible insistir en éste último aspecto de *igualdad entre los descendientes* deduciendo de él que, en definitiva, la mayor parte de las donaciones han de considerarse como *anticipos de la herencia.* En consecuencia, de aceptarse tal planteamiento, cabría afirmar que lo entregado en vida del causante puede considerarse como una entrega a cuenta de lo que probablemente habría de recibir por herencia.

Aunque a veces semejantes tesis se planteen como posiciones antagónicas, en realidad, exposiciones monográficas y en detalle aparte, resulta sumamente difícil deslindar con nitidez la prevalencia general de uno cualquiera de tales aspectos, sumamente interrelacionados.

Generalmente, el causante desea mantener un criterio de igualdad cuantitativa entre sus herederos, por lo que cabe entender que, salvo expresión en contra, cuanto recibieran *inter vivos* representa un anticipo de la atribución hereditaria. Sin embargo, técnicamente hablando, no existe presunción *iuris tantum* en favor de la colación, ni desde luego, presupone necesariamente la colación la exacta igualdad de cuotas hereditarias entre los herederos, pues

posturas doctrinales: la de los autores que entienden que la colación se basa en la voluntad de la ley de que los herederos forzosos reciban un trato igualitario; y la aquellos que consideran que se basa en la voluntad presunta del causante de que las liberalidades que hizo en vida a sus herederos forzosos fueran un anticipo de la cuota que les iba a corresponder en la herencia[474].

En cuanto a los autores que defienden que la colación se basa en la voluntad presunta del causante, podemos citar, entre otros, a VALLET DE GOYTISOLO[475], MONTÉS PENADÉS[476], LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[477] y RUIZ-RICO RUIZ MORÓN[478].

---

cabe la aplicación incluso en supuestos en los que los herederos hayan sido instituidos en cuotas desiguales."

[474] Así lo considera MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág. 1630.

[475] Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 778; y VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "Artículo 818", C*omentario del Código civil,* op. cit., pág. 2022.

[476] MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 624, escribe que "de este modo, el fundamento de la colación se halla en la presunta voluntad del causante, una presunción *iuris tantum*. La presunción consiste en que es la voluntad del causante que lo donado se entienda a cuenta de la cuota hereditaria del donatario. Así lo demuestra el texto del art.1036".

[477] LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., "Determinación del caudal computable", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* López y López, A. M., Montés Penadés, V., Roca i Trias, E. y otros, coordinador: Capilla Roncero, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 357, indica que " la colación en sentido técnico se refiere a las donaciones efectuadas en favor de los herederos forzosos cuando concurran con otros que también lo sean a una misma sucesión y no tiene como finalidad calcular las legítimas sino igualar a los dichos herederos, en la presunción de que si el testador ha hecho alguna donación en su favor, lo ha hecho como anticipo de su herencia, salvo que haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de la obligación de colacionar".

[478] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 367, escribe que "nuestro legislador, admitiendo como presunta voluntad del causante la de que las donaciones efectuadas en vida del mismo lo han sido a cuenta de lo que al donatario corresponda en su herencia, dispone en el art. 1047 que ese donatario tome de menos en la herencia tanto como ya hubiese recibido en vida del causante".

Por lo que se refiere a los autores que entienden que la colación se funda en la voluntad igualatoria de la ley, podemos citar, entre otros, a GARCÍA-RIPOL MONTIJANO[479], ESPEJO LERDO DE TEJADA[480] y DÍAZ PARDO[481].

Por su parte DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN[482] escriben que, "respecto al fundamento de la colación, hay que partir de la base de que no es un instituto de carácter *necesario,* pues el artículo 1.036 dice que <<no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente>>. Se trata, por tanto de un régimen legal *meramente dispositivo,* que obedece a la idea de que lo donado a un descendiente forzoso no es más que un anticipo de su herencia, que es cosa distinta de presumir que el causante quiere igualar a todos sus herederos forzosos, pues no tendría ello sentido cuando en el testamento los instituye en proporciones distintas."

---

[479] GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa, op. cit., págs. 1129 y ss; y GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, op. cit, págs. 53 y ss.

[480] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (a propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)", A*nuario de Derecho Civil,* tomo XLV, Fasc. I, enero-marzo 1992, págs. 392 y ss.

[481] DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., pág. 514, dice que "establecer una presunción *iuris tantum* de voluntad del causante como base y fundamento de la colación nos parece algo forzado e innecesario en la actualidad"; y en la pág. 516, escribe "es la Ley, no la presunta voluntad del causante, la que fija la obligación de colacionar, así como la que establece los bienes y gastos a los que se extiende o no, dejando un cierto margen a la *voluntad expresa* del causante en cuanto al contenido objetivo (art. 1042 CC) y en cuanto a la decisión de su no aplicación (arts. 1036 y 1037 CC)".

[482] DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1.989, pág. 579; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed.Tecnos, Madrid, 11ª edición, 2.012, pág. 274.

La profesora MARTÍN MELENDEZ[483], en relación a las dos posturas doctrinales sobre el fundamento de la colación, escribe –detalladamente- que, “estimamos que ambos fundamentos están involucrados, aunque la voluntad del legislador sea a la postre, el fundamento directo de la colación. Concretamente pensamos que el legislador quiere que las liberalidades hechas en vida por el causante reciban el mismo trato que reciben los bienes que éste deja a su muerte en cuanto a su reparto entre los herederos forzosos, de modo que si éstos se distribuyen por igual entre ellos, ya por haberlo manifestado así el causante, ya porque, a falta de esta manifestación, así sea por determinación legal (tal y como se deduce de la regulación de las legítimas o de la sucesión intestada), de la misma manera se repartan el valor de lo donado; y si el causante determinó cuotas hereditarias distintas para los herederos forzosos, en esa proporción se distribuya dicho valor; pero la base de ese deseo legal determinante de la colación es la consideración de que la mayoría de las veces la voluntad del causante al hacer tales liberalidades a los herederos forzosos es que éstas se reciban a cuenta de lo que le corresponderá por herencia. La consecuencia de esto es que lo recibido en vida por el heredero forzoso ha de ser un anticipo de la cuota que le corresponderá después en la masa a repartir ente él y sus coherederos forzosos”.

A nosotros también nos parece que las dos posturas doctrinales sobre el fundamento de la colación están interrelacionadas, aunque, en definitiva, es el legislador el que establece y configura el régimen de la colación. Si bien es cierto que el legislador, al establecer el régimen legal dispositivo de la

[483] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)”, op. cit., págs. 1630 y 1631.

colación (arts. 1036 y 1037 del CC), da entrada a la voluntad del causante. Y el legislador también parte de la consideración de que, la mayoría de las veces, el causante al hacer liberalidades a los herederos forzosos, quiere que las reciba como anticipo de lo que posteriormente le corresponderá por herencia, los haya instituidos en cuotas iguales o en cuotas desiguales[484].

2.2. Presupuestos y ámbito de la colación

Los presupuestos de la colación están contenidos en los artículos 1035 a 1050 del Código civil.

Personas obligadas a colacionar

La colación procede cuando un heredero forzoso acepta la herencia y concurre con otros herederos forzosos (que también han aceptado) en una misma sucesión, respecto de los bienes y derechos que aquél hubiese recibido del causante en vida, a título gratuito, y siempre que el causante-donante no hubiese dispuesto

[484] Nuestra jurisprudencia no sigue una línea unitaria a la hora de determinar el fundamento y finalidad de la colación; Vid.: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (a propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)", *op. cit.,* págs. 393 y 394.

Hay sentencias que basan la colación en la búsqueda de la igualdad entre legitimarios; así la STS de 3 de junio de 1965, se refiere a la finalidad igualitaria de la colación, que considera que se logrará atendiendo a la naturaleza de los bienes, al objeto perseguido con su transmisión y a las propias disposiciones que adopte el testador sobre la índole colacionable de los bienes; de forma similar, la STS de 19 de junio de 1978 fija como destino de la colación el lograr un efecto de igualdad o proporcionalidad entre los herederos en la participación de la herencia, separando la colación del cálculo de la legítima. Otras veces, como en la STS de 17 de marzo de 1989, el tribunal utiliza el argumento de de la voluntad presunta del causante, afirmando que la donación realizada se considera anticipo de la futura cuota hereditaria, en aras a la igualdad en las percepciones de los legitimarios; Vid.: DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., págs. 515 y 516.

Por su parte, la STS de 19 de julio de 1982 fundamenta la colación en "criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia… siempre dejando a salvo el régimen de legítimas".

expresamente la dispensa de la colación. En consecuencia, para que se dé la colación se exigen los siguientes presupuestos:

1.- La concurrencia de varios herederos forzosos o legitimarios (art.1035 CC).

Por tanto, no hay obligación de colacionar:

- En el supuesto de concurrir dos o más herederos voluntarios que carezcan de la condición de legitimarios.

- En el caso de suceder un solo legitimario en concurrencia con otros herederos voluntarios.

La colación sólo opera entre los herederos que sean del mismo grupo, excluyéndose para los legitimarios de distinto grupo.
A veces, los nietos y descendiente de grado ulterior tienen obligación de colacionar en caso de que tenga lugar el derecho de representación, supuesto en el que concurren en la sucesión del abuelo con sus tíos o primos. En este caso, los nietos “colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado”; también colacionarán lo recibido en vida del causante, “a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare la legítima de los coherederos” (art. 1038 CC).

Buena parte de la doctrina opina que, para que una donación sea colacionable, es necesario ser presunto heredero forzoso en el momento de recibirla; por ese motivo los nietos cuando sean llamados como herederos forzosos a la herencia de su abuelo no deberán colacionar lo que éste les donó cuando vivía su padre, sino lo sólo lo que recibieron a partir del momento en que pasaron a ser legitimarios presuntos[485], bien por haber fallecido ya el padre, bien

[485] En ese sentido MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art.

por haber sido éste desheredado formalmente por el abuelo con anterioridad a la donación (art. 1038.2 CC).

Los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos (art. 1039 CC). Los no legitimarios (coherederos sin derecho a legítima, legatarios o acreedores del difunto) no tienen obligación de colacionar, sin perjuicio de la restitución del exceso de la donación cuando sea inoficiosa[486].

2.- El llamado lo ha de ser a título de heredero.

Los herederos forzosos son los mencionados en el art. 807 del C.C. Pero para ser sujeto activo o pasivo de la colación no basta con ser legitimario, sino que se requiere ser llamado a título universal o de heredero testamentario o abintestato y, además,

---

1.041, p. 2, CC)", op. cit., págs. 1632 y 1633; Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, op. cit*., pág. 781, basándose en loa antecedentes de la doctrina castellana; DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 5ª edición, 1.989, *op. cit*., págs. 579 y 58; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, 2.012, *op. cit*, pág. 274; MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 625; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil,* 2ª edición, *op. cit.*, pág. 383. En contra, se manifiestan SARMIENTO RAMOS, J., "Artículo 1.035", C*omentario del Código Civil,* tomo I, *op. cit.*, pág. 2444, que escribe que "en el artículo1.038 CC, aisladamente considerado, no hay elemento alguno que permita sostener esa tesis; GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, *op. cit*, pág. 166; DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, *op. cit.* pág. 2132, escribe que "si el abuelo costea las necesidades especiales de un nieto con discapacidad que, en el momento en que se realiza el gasto no es legitimario porque vive su padre. Y posteriormente el hijo premuriera, el nieto discapacitado que heredaría en representación de su padre no tendría tampoco que colacionar, ya que lo que importa a los efectos del art. 1041 CC, no es el momento en que se realizó el gasto, sino si a la muerte del causante (el abuelo), el nieto era legitimario".

[486] Vid.: MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 238.

serlo efectivamente, concurriendo con otros de la misma clase[487]. Por este motivo, de los herederos forzosos del art. 807 CC, afirma MARTÍN MELÉNDEZ[488], habrá que excluir al cónyuge viudo, ya que a éste la condición de legitimario no le atribuye la de heredero[489], sino la de legatario y no puede concurrir con otros de la misma clase porque él solo constituye la suya[490]. Tampoco serán

[487]Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, op. cit*., págs. 785 y 786, si bien considera un error que el Código civil haya extendido la colación más allá del ámbito clásicamente determinado para ella: el de los descendientes.

[488] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1632.

[489] Según LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op. cit., pág.194, "…en la actualidad, si bien se predica de forma general la condición de legitimario del cónyuge viudo, la generalidad de la doctrina no une a tal condición la cualidad de heredero. No obstante, tanto la legislación en algunos extremos cuanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúan de hecho al cónyuge viudo, en cuanto legitimario, en una especie de categoría intermedia, negando a veces su condición de heredero (no responde según el TS de las deudas hereditarias), mientras que en otros aspectos se le reconocen facultades o se le imponen prohibiciones características de los herederos propiamente dichos,…."; en parecido sentido se manifiestan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 160, nota 6.

[490] En ese sentido, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia. Vid. por ejemplo: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Panorama *del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 779; REPRESA POLO, M. P., "Cuarenta y tres. Se redacta el artículo 1041 con el siguiente tenor", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C*., Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* 2021, págs. 966 y 967, quien dice "sobre la obligación de colacionar del cónyuge viudo siempre ha sido discutido, por tanto, no pudiendo concurrir con otros legitimarios de la misma categoría a la cuota legitimaria no tendrá obligación de colacionar los gastos que el otro cónyuge hubiera realizado para satisfacer la necesidades especiales derivadas de su situación de discapacidad". También, STS de 19 de julio de 1982; STS de 25 de octubre de 2000; Sentencia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 de septiembre de 2003. En contra, estimando que el viudo tiene obligación de colacionar: PÉREZ GIMÉNEZ. M.T., "Los *sujetos* de la colación", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2.004, págs. 3792 y ss.

sujetos activos o pasivos de la colación los donatarios no instituidos, los legatarios, fideicomisarios, herederos instituidos en cosa cierta o el legatario de parte alícuota[491]. En opinión de MARTÍNEZ ESPÍN[492], tampoco pueden pedir la colación "ni beneficiarse de ella los acreedores de la herencia; en cambio, los acreedores particulares pueden pedirla en base a lo dispuesto en el art. 1.001 CC". Según MARTÍN MELÉNDEZ[493] "los acreedores del difunto nunca podrán valerse de la colación".

3.- La existencia de atribución gratuita (donaciones o liberalidades) a favor de uno de los herederos.

4.- La aceptación de la herencia por todos los concurrentes a la misma.

La concurrencia a la herencia tiene que ser efectiva. El que no llega a ser heredero por muerte, incapacidad o desheredación no concurre a la herencia y, en consecuencia, no tiene obligación de colacionar. Tampoco tiene obligación de colacionar el donatario que repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa (art. 1036 CC).

5.- Que el causante no haya dispensado la colación (art. 1036 CC).

El deber de colacionar depende ante todo de la propia voluntad del donante causante. Así, establece el artículo 1036 de

---

[491] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1632; respecto de los legatarios y de los herederos instituidos en cosa cierta, también opina así MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 238.

[492] MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 238.

[493] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1633. Vid.: LACRUZ BERDEJO, J. L. /SANCHO REBULLIDA, F. de A. y otros, *Elementos de Derecho civil, V, op. cit.,* pág.154.

nuestro Código civil que “la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente…”.

Tal como apunta el profesor LASARTE[494], la persona que haya realizado una liberalidad podrá también excluir la colación del valor correspondiente tanto en el momento de celebrar la donación o acto lucrativo como en cualquier momento posterior, sea en testamento o sea mediante cualquier otro acto que se instrumente en un documento cualquiera que reúna las solemnidades testamentarias.

Tal como exige el art. 1036 CC, la dispensa de la colación debe efectuarse por el causante de forma expresa[495].

Señala, también, el profesor LASARTE[496] que la dispensa de la colación, en cuanto acto *mortis causa,* tiene en todo caso carácter esencialmente revocable[497], pudiendo el causante invalidar

---

[494] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, *op. cit*., pág. 337.

[495] Según MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Tema V, Partición y colación”, *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 239, “esta dispensa puede efectuarse en el testamento del causante-donante, en la propia donación o en un acto *inter vivo* posterior que cumpla los requisitos de la donación”.

[496] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op. cit., pág. 337.

[497] Sobre la revocabilidad de la dispensa de la colación escriben DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 278, que “la doctrina ha discutido la revocabilidad de la dispensa de la colación. Ninguna duda suscita la revocación de la dispensa hecha en testamento. El problema lo plantea la dispensa hecha en el acto de donación. Como la dispensa es un mecanismo de regulación del fenómeno sucesorio, se puede entender que el donante conserva plena libertad para regular su sucesión de la manera que estime conveniente y que, por tanto, puede revocar libremente *a posteriori* aquella dispensa. Pero se puede argüir que la dispensa formó parte del negocio lucrativo y que éste fue aceptado por el donatario como un conjunto global, por lo cual la revocación de la dispensa significa una sustancial alteración de la base de aquel negocio. Se acepta la donación porque subsistiría la expectativa del beneficio hereditario (se recibirá más). De esta suerte, si se admite la revocación de la dispensa parece que habrá que admitir la renuncia del donatario a la donación.

sus efectos en cualquier momento, renaciendo así el deber de colacionar.

La dispensa de colación no exonera de las operaciones de computación e imputación de los artículos 818 y 819 (Sentencia de 19 de mayo de 2011).

Liberalidades colacionables

El Código civil regula con particular detalle y casuismo cuáles son las liberalidades que quedan sujetas a colación y cuáles quedan exentas del deber de colacionar, aunque sin duda el principio general en la materia consiste en que como regla, cualesquiera liberalidades realizadas en vida del causante y a título gratuito deben considerarse liberalidades colacionables" [498].

Han de traerse a colación, tal y como establece el artículo 1035 CC, "los bienes o valores" que el heredero forzoso "hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste por dote, donación, u otro título lucrativo". Se incluyen, pues, todas las liberalidades *inter vivos* que supongan un beneficio económico (atribuciones gratuitas en cualquier forma, donaciones simuladas bajo forma de contrato oneroso, donaciones indirectas, etc.). La dote y la donación son dos títulos específicos que se enumeran en el citado precepto a título de ejemplo, mientras que la alusión genérica a "otro título lucrativo", pretende dejar incluidos todos los supuestos en los que de cualquier manera el heredero forzoso

---

Es indudable, en cambio, que la dispensa de colación pude revocarse revocando la donación enteramente, cuando sean aplicables las causas generales de revocación de donaciones".

[498] Vid.: LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op. cit., pág. 340.

experimenta un enriquecimiento en su patrimonio como consecuencia de un acto o negocio jurídico realizado por el causante con ánimo de liberalidad, dejando fuera, como ha señalado la jurisprudencia, los bienes adquiridos del causante de la herencia por título oneroso válido y eficaz[499].

En lo que se refiere a las donaciones, serán objeto de colación todas (no sólo las *ob causam,* frente a lo que ocurría en el derecho histórico[500]): las propias, las impropias[501], las simuladas[502], etc. Respecto a las donaciones remuneratorias, hay discrepancia doctrinal; hay autores, como MARTÍN MELÉNDEZ[503] que no las considera colacionables puesto que, "en cuanto expresión de agradecimiento por servicios prestados o admiración por unos méritos, perderían su naturaleza si se colacionaran"; tampoco las considera colacionables ALONSO PÉREZ[504]. Otros autores, opinan de distinta forma; por ejemplo, SARMIENTO RAMOS[505] estima que las donaciones remuneratorias u onerosas son colacionables en la

[499] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., págs.1633 y 1634; STS de 6 de abril de 1998 y STS de 21 de abril de 2003.

[500] VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 788, destaca que ésta es la mayor novedad introducida por el Código civil en materia de colación.

[501] Vid.: STS de 3 de junio de 1965, que dice que se colacionan no sólo las donaciones propiamente dichas, sino las que denomina "impropias", que suponen un enriquecimiento del donatario "sin efectiva y simultanea transmisión de bienes"; y STS de 25 de mayo de 1992.

[502] Vid.: STS de 23 de septiembre de 1989.

[503] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., págs.1634.

[504] ALONSO PÉREZ, M., "La colación de las donaciones remuneratorias" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1967, págs. 1017 y ss. Le sigue LACRUZ BERDEJO, J. L. /SANCHO REBULLIDA, F. de A. y otros, *Elementos de Derecho civil, V, op. cit.,* pág.156.

[505] SARMIENTO RAMOS, J., "Artículo 1.035", C*omentario del Código Civil,* tomo I, *op. cit*., pág. 1436.

medida en que excedan del valor del servicio o carga (art. 622 CC); por su parte, MONTÉS PENADÉS[506] escribe "se colacionan, como antes hemos dicho toda suerte de donaciones, cualquiera que haya sido su carácter". Según MARTÍN MELÉNDEZ[507], respecto a la donación onerosa, es decir "la que lleva aparejada para aquel que la recibe la necesidad u obligatoriedad de llevar a cabo una actividad o carga en beneficio del donante o de un tercero, de modo que lo recibido por vía de liberalidad no puede decirse que lo sea en su totalidad", habrá que colacionar la diferencia entre la carga y lo donado. De igual opinión son MONTÉS PENADÉS[508] y DIEZ-PICAZO y GULLÓN[509], que entienden respecto de la donación onerosa que se colacionará en lo que exceda de la carga.

Como dijimos anteriormente, además de lo recibido por donación, también se debe colacionar todo lo recibido "por cualquier *otro* título lucrativo". En este apartado podemos considerar colacionables según DIEZ-PICAZO y GULLÓN[510] "la renuncia gratuita de un derecho en favor del heredero forzoso, el perdón de una deuda suya, cuando es para el acreedor o causante acto voluntario o gratuito, no cuando se trate de quita hecha en situación concursal. También se debe colacionar el seguro hecho por el causante en favor de heredero forzoso, a quien se designa como

---

[506] MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 626.También la STS de 29 de julio de 2005 obliga a colacionar el exceso del valor de los servicios remunerados.

[507] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., págs.1634 Y 1635.

[508] MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 626

[509] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 275.

[510] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 275.

beneficiario, pero hay que entender que el valor colacionable no es el valor o suma asegurada, sino el importe de las primas efectivamente pagadas, y cualesquiera desembolsos patrimoniales que directa o indirectamente hayan producido enriquecimiento o beneficio para el heredero forzoso. Se suelen citar las construcciones, reparaciones, plantaciones y mejora hechas por el causante en fincas de los herederos forzosos y la compra de bienes a nombre de los mismos. El lucro en todo caso debe proceder de la voluntad del causante". En parecidos términos se manifiestan MONTÉS PENADÉS[511], MARTÍN MELÉNDEZ[512] y MARTÍNEZ ESPÍN[513].

Con carácter general, para que estas atribuciones a título gratuito se colacionen es necesario que no haya habido dispensa expresa por parte del causante, la cual nunca podrá perjudicar las legítimas (art. 1036 CC).

El artículo 1043 CC declara de manera concreta que "serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos". Según el profesor LASARTE[514] "la similitud o analogía entre tales supuestos y otros cualesquiera de parecida índole, radica, al parecer, en que el legislador considera que la satisfacción de tales gastos no forman parte de los deberes imputables a los progenitores respecto de los

[511] MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 626.
[512] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1635.
[513] MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 239.
[514] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op. cit., pág. 341.

hijos que sean susceptibles de ser integrados en la obligación alimenticia entre parientes".

Por su parte, el artículo 1046 CC establece que "la dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia".

Liberalidades exceptuadas de colación

Como hemos dicho anteriormente, la regla general es que cualesquiera liberalidades realizadas en vida del causante y a título gratuito deben considerarse liberalidades colacionables (art. 1035 CC). Una vez formulado el principio general en la materia, el Código dedica otros preceptos a determinar las liberalidades que quedan exentas de colación.

Según el artículo 1037 CC, "no se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas". Es lógico ya que sólo han de colacionarse los bienes recibidos por el heredero forzoso en vida del causante (art. 1035 CC). El artículo deja a salvo la disposición contraria del testador, en cuyo caso no estaremos ante un supuesto propio de colación, sino de imputación: el testador quiere que se impute el legado para satisfacer la cuota hereditaria.

Según el actual artículo 1041 CC, cuyo estudio abordaremos más detenidamente en un apartado posterior, "no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales

de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad".

Según el artículo 1042 CC, tampoco serán colacionables "sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima, los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística; pero cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres". Para determinar si perjudican a la legítima, es necesario colacionar esos gastos en el caudal relicto.

Según el artículo 1040 CC, "tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero si hubieren sido hechas por el padre conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar la mitad de la cosa donada". En el caso del primer párrafo de dicho artículo, se trata de una persona que no es legitimaria (el consorte del hijo), por lo que –aparte de por disponerlo el precepto- no está obligada a colacionar.

Según el artículo 1044 CC, "los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento". Respecto de este artículo escriben DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[515] que "literalmente interpretado, es una regla relativa a la reducción y no a la colación, pero aun no siendo inoficioso no estará sujeto a colación por aplicación del artículo 1.041". Por su parte VALLET DE GOYTISOLO[516] considera que estos regalos son objeto de una doble dispensa: de colación en cuanto no excedan de un décimo de la cantidad disponible por

[515] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 278.
[516] VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 789.

testamento, y de reducción por inoficiosidad, en el mismo montante, aun en el caso de no caber en la parte disponible por haberla agotado el causante con liberalidades anteriores.

Ámbito de la colación

La colación tendrá lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada.

En la sucesión intestada, obviamente, los legitimarios concurrentes lo harán por partes iguales (por cabeza), salvo en el caso del derecho de representación, en el que se heredará por estirpes. En cambio, en la sucesión testada, los legitimarios pueden haber sido instituidos en parte desiguales, bien por haberse hecho uso del tercio de mejora (distribuido entre dos o más, y a su vez, de forma desigual) o, conjuntamente, del tercio de mejora y del tercio de libre disposición.

2.3. Procedimiento y efectos de la colación

Colacionar en sentido propio significa aportar el heredero forzoso a la masa hereditaria las donaciones o atribuciones a título gratuito realizadas a su favor por el causante a lo largo de su vida, para después imputarla en la cuota hereditaria que le corresponde[517].

Hay que destacar que a través de la colación se crea una masa distinta a la que se constituye por medio de la computación para el cálculo de la legítima (art. 818 CC). Para fijar la legítima, según el artículo 818 CC, a los bienes que quedaren a la muerte del causante, restándole las deudas y cargas de la herencia, se les añade las donaciones computables hechas tanto a terceros como a

[517] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1636.

herederos forzosos, incluidas las dispensadas de colación por el causante[518], mientras que para efectuar la colación (art. 1035 CC) y formar la masa a repartir únicamente entre los herederos forzosos, según MARTÍN MELÉNDEZ[519], se comienza por restar del caudal relicto "las mejoras y los legados no colacionables"[520]; se restan también las cuotas hereditarias de los herederos voluntarios, en cuanto tales disposiciones no sean inoficiosas"[521] y a todo ello se añaden las donaciones colacionables realizadas a los herederos forzosos[522].

---

[518] Vid.: LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., "Reunión ficticia de donaciones", *Derecho civil. Derecho de sucesiones, op. cit.*, pág. 358. En ese sentido: la STS de 17 de marzo de 1989, cuando dice que para determinar el importe de las legítimas no pude excluirse ninguna donación, ya lo hayan sido a los legitimarios, no legitimarios o extraños pero con la salvedad de que la palabra colacionable referida a las donaciones tiene aquí un sentido impropio que no se corresponde con el puramente técnico del art. 1035 y que más bien significa computables; la STS de 21 de abril de 1990 afirma que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición deben sumarse al relicto líquido todas las donaciones, incluidas las efectuadas a favor de los hijos con dispensa de colación, pues la dispensa, admitida por el art. 1036, se refiere a la colación propiamente dicha y no al cómputo de las legítimas; la STS de 21 de abril de 1997 dice que la dispensa de colación realizada por el testador no excluye su cómputo en el inventario general de los bienes del causante para la fijación de las legítimas y sí sólo su imputación en la legítima del donatario; STS de 22 de febrero de 2006; STS de 14 de diciembre de 2006. Por su parte la Sentencia de 16 de junio de 1902, hablando del artículo 818 CC, afirma que las donaciones no colacionables, no quiere decir que no se computen, sino que no se imputarán a la legítima, pero se incluirán en el inventario y se imputarán donde corresponda.

[519] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., págs.1636 y 1637.

[520] En principio los legados no se colacionan, sin embargo, con apoyo en el artículo 1.037 CC, el testador puede ordenar la colación de un legado, la cual sólo significaría, según VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 788, la asignación de un bien en la cuenta de la cuota hereditaria del asignatario.

[521] Vid.: MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 624.

[522] En este contexto, la dispensa de colación supondrá simplemente, según GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa, op. cit., págs. 1153, que "el dispensado no habrá de repartir con

La colación pude llevarse a cabo de dos formas:

a) La colación mediante la aportación *in natura,* consistente en imponer al colacionante la obligación de aportar materialmente a la herencia los mismos bienes que recibió por donación. Aquí podemos distinguir dos variedades: entender que la integración puede producirse de forma automática y con efectos reales al fallecer el causante, o, por el contrario, que en ese momento surge un derecho a favor de la herencia y en contra del colacionante, dirigido a obtener la aportación *in natura.*

b) La colación mediante deducción o imputación contable. Consiste en la obligación de aportar el valor para adicionarlo contablemente al activo repartible[523].

Como ha sido reiteradamente afirmado por doctrina y jurisprudencia[524], nuestro Derecho no ha seguido el sistema de colación por aportación, ni con efectos reales ni con efectos simplemente crediticios, sino que sigue el sistema de colación por aportación contable o colación por imputación[525]. A pesar de que el

---

los demás coherederos legitimarios el valor de las liberalidades recibidas del causante *inter vivos*".

[523] Vid.: MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 242.

[524] Vid.: por todos: DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 279; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 797; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, op. cit., pág. 342. En la jurisprudencia, vid.: STS de 17 de marzo de 1989y STS de 4 de diciembre de 2003.

[525] Según DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* pág. 279, "el único caso en que doctrinalmente se discute si la colación puede o no imponer la obligación de aportación de bienes al acervo hereditario es aquel en que lo donado excede de la cuota en la que se ha instituido al colacionante". Sobre este tema volveremos posteriormente.

Según SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, op. cit.,* págs. 507 y 508, "una cuestión teórica, pero de suma importancia en el momento de

artículo 1035, con una fórmula desacertada, habla de “traer a la masa hereditaria los bienes”, el artículo 1045 es suficientemente claro cuando dice que “no han de traerse a colación y partición las misma cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios”[526].

---

la partición, es la de si la aportación al *relictum* de lo donado anticipadamente, sucede automáticamente, o si da lugar a una obligación, que tiene que cumplirse por el donatario a través de un específico acto de transferencia. Es preferible la segunda teoría, es decir, la que entiende que la colación supone una verdadera y propia obligación para el heredero-donatario, en la que los acreedores son los restantes legitimarios. Ello será así, porque lo donado puede haberse consumido, o haber perecido y no encontrarse ya en el patrimonio del donatario-heredero legítimo. Estamos ante una obligación restitutoria simple”.

[526] En cuanto al momento al que hay que referir la valoración de los bienes hay que destacar que el texto originario del Código civil fue modificado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, *op. cit*., pág. 342, lo expone de forma clara y detallada: “…desde la publicación del Código el primer párrafo del artículo 1.045 fue terminante al afirmar que <<no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, *sino su valor al tiempo de la donación o dote,* aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio>>; mientras que el segundo párrafo establecía que <<el aumento o deterioro posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, serán a cargo y riego o beneficio del donatario>>. Imponía, pues, el Código una mera imputación contable, aunque la valoración o el evalúo del valor de los bienes donados exigía retrotraerse *al tiempo de la donación,* regla sumamente discutible en cuanto las liberalidades colacionables habían de ser valoradas en momentos pretéritos y, muchas veces, muy alejados de la apertura de la sucesión y, por tanto, del evalúo de los restantes bienes hereditarios.

Dicha regla, contraria al Derecho histórico patrio y a los precedentes del Derecho comparado, fue introducida en el Proyecto de 1851 por GARCÍA GOYENA y se mantuvo en la redacción del código. Algunos autores (en particular A. DE COSSÍO Y CORRAL) advirtieron del grave desajuste que producía y la minusvaloración que implicaba para el sistema de colación que, siendo sumamente complejo, acaso no mereciera ser mantenido si a los bienes colacionables se le aplicaban criterios de valoración inspirados en el principio nominalista.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y el Tribunal supremo mantuvieron la interpretación literal de la norma codificada (cfr. SSTS de 29 de septiembre de 1966 y, antes, de 30 de marzo de 1949), que, no obstante fue modificada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a partir de la cual el primer párrafo del artículo 1.045 sigue manteniendo el sistema de imputación contable pero modifica el momento temporal de evalúo: <<No han de traerse a colación y partición las mismas cosa donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen

El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, serán a cargo y riesgo o beneficio del donatario (art. 1045.2 CC). En cambio, las alteraciones en el valor de esas cosas debidas a razones extrínsecas (por ejemplo, plusvalías derivadas de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, modificaciones en el entorno, etc.) o la alteración en el valor de la moneda, sí que se tendrán en cuenta[527].

La valoración de los bienes colacionables enajenados por el donatario se realizará por su valor al momento de la venta o al de la donación, con la revalorización conforme al IPC hasta la fecha en que se realice la colación[528].

El efecto fundamental de la colación será que habrá de deducirse de la adjudicación o hijuela definitiva del legitimario de que se trate la cantidad de numerario en que se valora cuanto hubiere recibido en vida del causante[529].

A dicho efecto se refiere el artículo 1047 CC afirmando que "el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad". El donatario "tomará de menos" exactamente lo mismo que

---

los bienes hereditarios>>". Vid.: refiriendo la valoración de los bienes al momento de la muerte del causante: STS de 19 de julio de 1982 (aplicando el art. 1045 CC anterior a la reforma de 1981); STS de 28 de abril de 1988; STS de 17 de marzo de 1989; STS de 26 de febrero de 1992; STS de 22 de febrero de 2006. La STS de 4 de diciembre de 2003 lo refiere concretamente al momento de la partición.

527 Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 795; STS de 17 de diciembre de 1992, en el caso de una finca donada como rústica que después se convirtió en urbana; STS de 20 de junio de 2005, sobre la necesidad de actualizar las sumas de dinero; STS de 23 de febrero de 2006, respecto a la valoración de acciones.

528 En ese sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 243.

529 Vid.: LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, *op. cit*., pág. 343

se ha integrado en el caudal hereditario, como mera imputación contable, correspondiente a lo recibido en vida.

Por su parte el artículo 1048 CC dispone que "no pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección". La adjudicación compensatoria hecha a los coherederos forzosos del colacionante se recibe a título de herencia[530].

Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación "no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión. Para regularlos, se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados" (art. 1049 CC). Aquí parece que el Código civil procede como si se colacionaran bienes y no su valor. Los frutos pendientes al abrirse la sucesión pertenecerán a la herencia (art 472 CC), pero el legitimario colacionante tendrá derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión (art. 452 CC).

En el caso de que el valor de lo donado excediese del valor de la cuota del donatario-colacionante se plantea un problema si dicho

[530] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1638; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., pág. 809.

exceso perjudicase las cuotas hereditarias que el causante ha determinado para los demás legitimarios[531]. Hay discrepancia doctrinal sobre si es preciso o no restituir el exceso. Entre los autores contrarios a la restitución del exceso podemos mencionar a GARCÍA-BERNARDO LANDETA[532], a MARTÍNEZ ESPÍN[533] y a ESPEJO LERDO DE TEJADA[534]; y entre los autores favorables a dicha restitución podemos mencionar, por ejemplo, a VALLET DE GOYTISOLO[535]. En nuestra opinión, aunque la donación al donatario-colacionante no se pueda considerar inoficiosa, si el exceso donado perjudica las cuotas hereditarias que el causante ha determinado para los demás legitimarios, parece razonable que aquél tenga que restituir dicho exceso, para que éstos – los demás legitimarios- puedan recibir toda la parte que les corresponde, según la voluntad del testador[536].

---

[531] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", op. cit., pág.1638.

[532] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil,* 2ª edición, *op. cit.*, pág. 392, escribe "…lo cual, aunque se haya discutido ampliamente, no nos parece admisible y el donatario no debe restituir el exceso sobre su cuota hereditaria, porque, repetimos los títulos son distintos y no hay inoficiosidad en la donación".

[533] MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 242, dice "frente a la posibilidad de restituir el exceso, el colacionante no debe compensar, sino que simplemente no recibirá nada de la masa hereditaria (a diferencia de lo que sucede en el caso de reducción de donaciones inoficiosas por perjuicio de las legítimas".

[534] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (a propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)", *op. cit.,* págs. 403 y ss.

[535] VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de sucesiones, II*, *op. cit*., págs. 800 y ss.

[536] Esta parece, también, que es la conclusión final a la que llegan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* págs. 279 y 280, cuando escriben: "sin embargo, aun cuando algunos autores han entendido que en la hipótesis propuesta –donación superior a la porción hereditaria- hay que restituir el exceso, la opinión general es precisamente la contraria. Obsérvese que estamos tratando un problema de

Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza (art. 1050 CC). La práctica de la partición será paralela al litigio sobre la colación, y si ésta se declara procedente, se deberá realizar una partición adicional o complementaria cuya garantía se encuentra en la prestación de la fianza. La fianza debe prestarla, en un caso, el legitimario colacionante que no colaciona provisionalmente a favor de los coherederos afectados; en el supuesto de que se acuerde que el heredero colacione provisionalmente, la fianza tendrán que prestarla los coherederos beneficiados por el aumento de valor que se les adjudica[537].

---

colación en sentido estricto y no de reducción de donaciones inoficiosas por perjuicio de las legítimas, en que la restitución del exceso es evidente". Pero añaden, a continuación:

"Pero si hay una institución desigual de los herederos forzosos por el testador, mantener la no aportación del exceso puede llegar a hacer imposible cumplir aquella institución.

Piénsese en dos hijos del causante: A, instituido en 2/3 partes, y B en 1/3 parte, que ha recibido una donación colacionable de 4. El haber relicto es de 5. Hechos los cálculos con arreglo a los artículos 818 y 819, la donación no es inoficiosa, porque su exceso sobre la legítima de B (3) es 1*.

Al operarse la colación, la masa hereditaria (9) se distribuirá en 6 para A y 3 para B. Pero éste tendría que dar a A 1, a fin de que tenga su parte, porque el haber hereditario es sólo de 5.

Si B se quedase con toda la donación, tendría 1 más de lo que le corresponde por su cuota hereditaria, aunque nada recibiría. Pero A tampoco recibiría sus 2/3 de la masa partible, sino lo que hay: 5". *<<*que cabe en la parte de libre disposición (3)*>>*

[537] En ese sentido se manifiesta MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones, op. cit.*, pág. 243.

3.- Estudio del artículo 1041 del Código civil

El Código civil, desde su publicación, excluyó de la colación los gastos comprendidos en los artículos 1041 y 1042, si bien los trató con distinto criterio. Así, mientras los gastos recogidos en el artículo 1041 estaban exentos de colación siempre y además también lo estaban de computación e imputación a los efectos del cálculo de las legítimas (art. 818 CC), los gastos comprendidos en el artículo 1042 quedaban excluidos de colación salvo que el causante dispusiera lo contrario o perjudicara la legítima de los demás herederos; ello implicaba que dichos gastos sí se tendrían en cuenta para la fijación de la legítima[538].

Con posterioridad, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre introdujo el nuevo párrafo segundo del artículo 1041 CC, que ya transcribimos con anterioridad.

La razón por la que el legislador añadió este segundo párrafo al citado artículo era, según el apartado VII, e) de la Exposición de Motivos de Ley 41/2003, "evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad".

[538] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág.1638. Vid.: TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 358; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "Artículo 818", C*omentario del Código civil, op. cit.,* pág. 2023, indica que los gastos de carrera profesional o artística quedan dispensado de computación si pueden estar incluidos en los alimentos del art. 1041 del Código civil.

Posteriormente, como ya dijimos, la Ley 8/2021 ha modificado levemente la redacción de los dos párrafos del artículo 1041, tal como quedó reflejado al principio de este capítulo.

Nos referiremos, a continuación, al párrafo primero del dicho artículo 1041 CC y, posteriormente, al párrafo segundo.

3.1. El párrafo primero del artículo 1041 CC

Tras la reforma de la Ley 8/2021, el nuevo párrafo primero del artículo 1041 CC establece que "no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre".

Como ya señalamos, la única diferencia del actual primer párrafo en relación a la redacción anterior a la reforma introducida por ley 8/2021 es la supresión de la frase "equipo ordinario", que ya no aparece en el nuevo artículo 1041.

Poniendo en relación el párrafo primero del artículo 1041 CC con el deber de alimentos del artículo 142 CC, podemos distinguir dos tipos de gastos exentos de colación: los gastos de alimentos y los regalos de costumbre. La exención de la obligación de someter a colación estos gastos se debe a que no se da el presupuesto necesario para que la colación sea necesaria: tratarse de actos realizados por el causante con ánimo de liberalidad. Tratándose de gastos de alimentos[539], éstos suponen el cumplimiento de deberes

[539] Vid.: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, *op. cit.* pág. 2131, escribe que "la doctrina es pacífica en considerar que el art.1041 CC no es una excepción a la regla general de obligación de colacionar, porque ésta se aplica a las liberalidades que el causante hubiera hecho en vida, mientras que los gastos relacionados en dicho precepto no son liberalidades, sino que proceden del cumplimiento de la obligación de facilitar alimentos, bien por razón de la

legales derivados, bien de la filiación, bien de la situación de necesidad unida al parentesco; y tratándose de los regalos de costumbre, estamos ante el cumplimiento de deberes sociales[540].

En cuanto a los gastos de alimentos referidos en el artículo 1041.1 CC, se puede dar a los mismos el contenido que resulta del artículo 142 CC[541], puesto que aunque la enumeración de conceptos que se realiza en ambos preceptos no es idéntica, sustancialmente se refieren a lo mismo[542]. El artículo 142 hace referencia a lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, embarazo y parto; por su parte, el artículo 1041.1 CC se refiere a los alimentos, educación, curación de enfermedades y aprendizaje. En base a lo anterior, se puede entender que los alimentos a los que se refiere el artículo 1041.1, incluirían lo necesario para el sustento, la habitación y el vestido del art. 142 CC; la educación y aprendizaje del art. 1041.1, incluiría la educación e instrucción del art. 142; y la curación de enfermedades referida en el art. 1041.1, englobaría la asistencia médica y los gastos de embarazo y parto del art. 142. Dicho con otras palabras, el artículo 1041.1 CC, en cuanto a los gastos de alimentos en su conjunto, se refiere a todo aquello que es

---

minorídad del alimentista, o de su estado de necesidad"; PUIG FERRIOL, L., "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", *op. cit.,* págs. 300 y 301; TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 359; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", op. cit., pág. 367.

[540] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág.1639.

[541] Así lo hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de septiembre de 2003.

[542] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs.1639 y 1640.

esencial para la vida de forma similar a como lo hace el artículo 142 CC[543].

Parece razonable entender que al igual que los gastos del artículo 142 CC, los del artículo 1041.1 presuponen la existencia de posibilidad en quien los presta y necesidad de quien los recibe[544]. Para establecer el límite de dichos gastos habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 146 CC[545]. En base a dicho artículo, la cuantía de dichos gastos deberá ser proporcionada a los medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de modo que el exceso sobre tal proporcionalidad, por no suponer el cumplimiento de una obligación legal, deberá colacionarse[546]. No obstante, DÍAZ PARDO[547], aunque lo matiza, entiende que los

[543] Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág. 1640; TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 361; DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., págs. 528 y 529; SARMIENTO RAMOS, J., "Artículo 1.041", C*omentario del Código Civil,* tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, págs. 2448 y 2450; Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de septiembre de 2003.

[544] Vid.: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de septiembre de 2003.

[545] En ese sentido, DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., pág. 528.

[546] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág. 1640. Vid.: TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 363.

[547] DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", op. cit., págs. 530 y 531, escribe "cuando no haya necesidad de cargar tales gastos…, pero se asuman de manera voluntaria, estimamos que, en principio, tampoco tendría que considerarse gastos colacionables…Pero esta afirmación ha de ser matizada. Ello será así siempre que tales desembolsos, aunque no se deban o no sean jurídicamente exigibles, no supongan una liberalidad, al no producirse un enriquecimiento del hipotético donatario, ni empobrecimiento correlativo del patrimonio del presunto donante. Cuando la atribución realizada sobrepase el ámbito de la necesidad y, además, ello implique crear desigualdad de trato ente herederos que tengan la condición e

gastos por alimentos, aunque no exista obligación legal de hacerlos por no haber necesidad, no se colacionan por responder a una obligación moral. MARTÍN MELÉNDEZ[548] es contraria a dicha tesis y, de forma acertada, escribe "disentimos de ello, puesto que, si no hay que colacionar lo gastado sin existir obligación ¿por qué va a haber que colacionar el exceso sobre la cuantía resultante de la proporcionalidad indicada cuando la hay? Esto nos llevaría a negar no sólo que se requiera la necesidad, sino también la proporcionalidad y nos apartaría del concepto legal de alimentos y de la justificación de la exención de colacionar, cual es la inexistencia de la liberalidad. Otra cosa será que se realicen esos mismos gastos a favor de todos los hijos o descendientes por igual cuando ninguno tiene necesidad, entonces, aunque no se colacione, esta forma de actuar llevaría a unos efectos prácticos semejantes a la colación".

A continuación, vamos a hacer algún comentario sobre el contenido de cada unos de los conceptos reflejados en el artículo 1041.1 CC.

En primer lugar, se refiere el artículo 1041.1 CC a los gastos de alimentos. Dentro de dicho concepto podemos incluir la comida, la bebida, la habitación y el vestido[549]. Como el precepto se refiere,

---

legitimarios, deberemos extraer ese gasto del ámbito del art. 1041 y considerarlo un gasto que si pude ser llevado a colación, pues excede del contenido propio de lo que se estiman *alimentos,* lo que podría ocasionar que, por esta vía, se estuviese beneficiando a algún legitimario en detrimento de otros".

[548] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág. 1641.

[549] Desaparecida, tras la Ley 8/2021, la referencia a "equipo ordinario" en el artículo 1041, parece razonable incluir en los gastos de alimentos, lo referido a ropa y vestido. Aquí se incluiría la ropa, calzado y objetos de uso personal que sean de uso diario o habitual, adecuados a la situación económica de quien los

más adelante, específicamente a la curación de enfermedades, habrá que excluir de los alimentos, los gastos sanitarios. Si el alimentista es una persona con discapacidad que requiere una comida, bebida, ropa o habitación especial, las mismas quedarían incluidas.

En segundo lugar, el artículo 1041.1 CC se refiere a los gastos de educación. Son los gastos necesarios para que la persona adquiera una formación intelectual y social que le permita desenvolverse personalmente a lo largo de su existencia. Estos gastos nunca serán colacionables. Por el contrario, conforme al art. 1042 CC, los gastos para dar a los hijos una carrera profesional o artística, no serán colacionables salvo que el causante disponga lo contrario.

En base al tenor literal de los artículos 1041.1 y 1042, parece apropiado excluir del concepto de educación, las carreras universitarias o artísticas, de tal forma que el art. 1041.1 CC sólo se referiría a los estudios principales, es decir, a los que ponen al hijo en condiciones de iniciar una carrera universitaria o artística[550].

---

da y a las necesidades de quien lo recibe. Tratándose de una persona con discapacidad se incluiría aquí lo apropiado para su estado; así, por ejemplo, unas muletas o una silla de ruedas.

[550] Vid.: SARMIENTO RAMOS, J., "Artículo 1.041", C*omentario del Código Civil, op. cit*., pág. 2449, que añade a los gastos en estudios principales, los gastos en estudios complementarios siempre que guarden adecuada proporción con el caudal del alimentante y se produzca por igual respecto todos los hermanos"; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1642 y 1643, respecto de los artículos 1041.1 y 1042, escribe: "no obstante creemos que estos preceptos han de ser interpretados, por una parte, armonizándolos con el contenido de la obligación de alimentos los cuales, teniendo en cuenta las posibilidades económicas del alimentante, pueden comprender también los estudios universitarios y artísticos y, por otra parte, teniendo presente la realidad social del tiempo actual (art. 3 CC) en la que este tipo de estudio se ha generalizado y abre muchas puertas

En cuanto a la persona con discapacidad, la educación pretenderá conseguir una formación intelectual y social lo más cercana posible a la de una persona sin discapacidad y su integración en la vida social en unas condiciones de la mayor normalidad posible, teniendo en cuenta la discapacidad padecida.

En tercer lugar, el artículo 1041.1 CC se refiere a los gastos necesarios para la curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias. Parece razonable entender que los gastos necesarios para la curación de todo tipo de enfermedades (incluidas las extraordinarias) entran en el contenido del artículo 142 CC. No obstante, cabría plantearse[551] si quedan incluidos los gastos médicos no debidos por razones de salud, sino de carácter estético; sobre este tema, pensamos igual que la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[552] en el sentido de que si solamente tienen una finalidad estética, deberán ser colacionables, pero si contribuyen a mejorar o evitar un empeoramiento de la salud física o psíquica de la persona, podrían quedar incluidos en la obligación del artículo 142 CC, siempre teniendo en cuenta la posición económica de quien lo satisface y el beneficio experimentado por el enfermo.

En lo que se refiere a la discapacidad, ésta puede derivar de una enfermedad, pero no siempre es así. Si deriva de una enfermedad, los gastos para su curación estarían incluidos en el artículo 142 CC; igualmente, en los casos en los que la enfermedad no tuviera

---

del mercado laboral, de modo que habría que concluir que si estos gastos pueden quedar incluidos en la obligación de alimentos, deberían estar comprendidos también en el concepto de educación del artículo 1.041, p.1, CC y, en este caso, no colacionarse".

[551] Vid.: SARMIENTO RAMOS, J., "Artículo 1.041", C*omentario del Código Civil, op. cit*., pág. 2449.

[552] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1642.

solución, respecto a los gastos médicos para el mantenimiento de la persona con discapacidad enferma en las mejores condiciones de salud posibles (aquí habría que incluir sesiones de rehabilitación, terapias especiales, etc.)[553].

En cuarto lugar, el artículo 1041.1 CC menciona los gastos necesarios para aprendizaje. Éste concepto se puede entender que hace referencia a "la adquisición de conocimientos técnicos necesarios para el adecuado desenvolvimiento del arte u oficio elegido"[554], lo que es asimilable a los de enseñanza secundaria[555]. En consecuencia, si se tratase de una persona con discapacidad no se colacionarán los gastos necesarios para que aprendiese un arte u oficio adecuado a su estado.

Después de referirse a los gastos de alimentos, el artículo 1041.1 del Código civil también establece que no estarán sujetos a colación los regalos de costumbre. Se puede entender que dichos regalos de costumbre se excluyen de la colación porque no se trata de autenticas liberalidades sino del cumplimiento de deberes impuestos por el uso social, y por ello, tampoco se deben computar para el cálculo de la legítima (art. 818 CC)[556].

---

[553] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1642.

[554] En ese sentido, SARMIENTO RAMOS, J., "Artículo 1.041", C*omentario del Código Civil, op. cit*., pág. 2449.

[555] En ese sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L. /SANCHO REBULLIDA, F. de A. y otros, *Elementos de Derecho civil, V, op. cit.,* pág.156.

[556] Vid.: DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, 11ª edición, *op. cit.,* págs. 277; MONTÉS PENADÉS, V.L., "La colación", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* op. cit., pág. 626. Por su parte, TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 363, dice que "…nada tiene que ver los gastos que integran la obligación de alimentos con los <<regalos de costumbre>> que no son colacionable a tenor del artículo 1.041 párr. 1º CC ¿Qué entendemos por tal? La primera

Tienen un tratamiento distinto los regalos de boda, ya que como dice el artículo 1044 CC, si consisten en " joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento".

A continuación, vamos a referirnos al sujeto que queda exento de colacionar, según el artículo 1041.1 CC. No tiene que colacionar el heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean y haya recibido alimentos o regalos de costumbre del causante de la sucesión. En lo que hace referencia a los alimentos, hay que precisar que no son los mismos los sujetos con derecho a alimentos (según el artículo 143 CC tienen derecho a alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos, éstos sólo lo referente a los auxilios necesarios para la vida) y aquellos en relación con los cuales no procede la colación[557]. Respecto al cónyuge viudo, sabemos que es legitimario pero, tal como afirma MARTÍN MELENDEZ[558], al faltarle la condición de heredero no colaciona, ni, por tanto, puede eximírsele de colacionar. Respecto de los hermanos, aunque pueden tener derecho a los alimentos restringidos, al no ser legitimarios, ni están obligados a colacionar, ni podrán ser eximidos de ello. En consecuencia, los sujetos exentos de colacionar lo recibido en concepto de alimentos serán

---

conclusión es su alejamiento del valor que tengan estos regalos ya que siempre y cuando no consistan en regalos de boda como joyas, vestidos y equipo, están excluidos de la colación, solución que no coincide con el régimen que por otro lado les somete el artículo 1.044 CC. Parece que los primeros se caracterizan por su habitualidad, variada naturaleza y fortuna de la familia; en cambio los segundos se presume su importancia y su tufillo con la dote a la que históricamente ha estado unida…".

[557] Vid.: TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 362.

[558] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1644.

los ascendientes y los descendientes, que son los únicos que pueden reunir la triple condición de ser legitimarios, herederos y alimentistas. Como el artículo 1041.1 CC no distingue al respecto, ni el ascendiente deberá colacionar en la herencia de sus descendientes, lo recibido de éste en concepto de alimentos, ni el descendiente deberá colacionar en la herencia de su ascendiente, lo recibido en concepto de alimentos[559].

[559] En ese sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1644, quien en las páginas 1645 y 1646 se plantea la situación en la que es el abuelo el que hace el gasto y no el padre, y la alternativa de si muere antes el abuelo o si muere antes el padre; y da su opinión de forma detallada. Transcribo sus opiniones: "… ¿qué pasa si el que hace el gasto es el abuelo y no el padre? En nuestra opinión, teniendo en cuenta lo dicho más arriba, habrá que distinguir: 1. *Si muere antes el abuelo que el padre,* si bien según el artículo 1.039 CC, <<los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos>>, el padre deberá colacionar en la herencia del abuelo, los gastado por éste en alimentos para el nieto por la vía del artículo 1043 CC, es decir, como pago de deudas del padre por el abuelo, presumiéndose- según la opinión que más nos convence- el ánimo de liberalidad en éste; si no existiera tal ánimo de liberalidad, estaríamos ante un caso ordinario de pago de deuda ajena (del padre, por el abuelo) que constituiría un derecho de crédito de la herencia frente al padre y una deuda de éste a favor de aquella, extraña a la colación, que seguiría el régimen propio de los créditos de la herencia, muy distinto al de las liberalidades colacionables. 2. *Si muere el padre antes que el abuelo,* habría que diferenciar según el *gasto hubiera sido realizado por el abuelo cuando vivía el padre,* momento en el que, en principio, el legitimario presunto era el padre y no el nieto, o después de la muerte del padre, en cuyo caso el legitimario presunto sería ya el nieto no el padre. Si se tratase de una donación ordinaria o de un acto de liberalidad ajeno a los alimentos, en el primer supuesto el nieto no tendría que colacionar el gasto puesto que no puede pensarse que el abuelo estaba anticipando su cuota hereditaria al nieto, en el segundo, sí que tendría que colacionar el gasto. Pero como estamos hablando de gastos que satisfacen necesidades alimenticias del nieto, hay que tener en cuenta, además, si cuando el abuelo hace el gasto está obligado a satisfacer los alimentos o no; *si el abuelo resultase obligado* a los alimentos por muerte del padre, el nieto no debería colacionar nada, pues estaríamos claramente ante el caso del artículo1041 CC, es decir, ante el cumplimiento del deber de alimentos; *si el abuelo tras la muerte del padre, no resulta obligado* al pago de alimentos (porque, por ejemplo, fallece el padre y resulta obligada la madre) y, sin embargo, los pagara, el nieto cuyas necesidades alimenticias se trataba de cubrir, no deberá de colacionar, puesto que lo que realmente hizo el abuelo fue satisfacer una deuda ajena que pesaba sobre el alimentante, pero

3.2. El párrafo segundo del artículo 1041 CC

Tras la reforma de la Ley 8/2021[560], el nuevo párrafo segundo del artículo 1041 CC establece que “tampoco estarán sujetos a colación

---

como este alimentante no era hijo del abuelo, no podrá aplicarse el artículo 1-043 CC que sólo se refiere al pago de deudas del hijo, de modo que estaríamos ante un crédito de la herencia frente al alimentante y nada habrá que colacionarse por el nieto. *Si el gasto fue hecho por el abuelo cuando vivía el padre,* siendo, como es lo normal, éste el obligado a los alimentos, el abuelo, en principio, estaría pagando una deuda del hijo, el cual debería haberla colacionado en la herencia del abuelo (su padre), de modo que, teniendo en cuenta el artículo 1.038,p.1, CC, según el cual << cuando los nietos suceden al abuelo en representación de su padre, concurriendo con tíos o primos, deberán colacionar todo lo que hubiera colacionado el padre si viviera>>, el nieto deberá colacionar lo que el abuelo gastó para satisfacer la deuda alimenticia que el padre tenía respecto de su hijo (art. 1.043 CC). Si el gasto lo hizo el abuelo viviendo el padre, pero resultando obligado el abuelo por no darse la posibilidad económica en el padre, el nieto no deberá colacionar nada, por estar en el supuesto del artículo 1.042 CC, sin que pueda entenderse aquí que el abuelo estaba pagando una deuda del padre, dedo que éste no era el obligado, sino el mismo abuelo, aparte de que no puede entenderse aquí que el abuelo estaba pagando una deuda del padre, dado que no era el obligado, sino el mismo abuelo, aparte de que no pude entenderse que el abuelo esté anticipando la cuota hereditaria del nieto. Si el obligado a pagar los alimentos es el padre pero lo satisface el abuelo, no deberá colacionarse por el padre en la herencia del abuelo el *exceso* sobre el deber de alimentos del padre, dado que aunque en ese exceso existiría una verdadera liberalidad del abuelo a favor del nieto (art.1038, p. 2, CC), sin embargo, el nieto no es todavía legitimario presunto, y si es el mismo abuelo el obligado, por haber fallecido el hijo, caso en el que el nieto ya sería legitimario presunto, deberá colacionarse el exceso sobre su propio deber de alimentos, porque no alcanza a dicho exceso la exención del artículo 1.041, p.1,CC, siendo de aplicación el artículo 1.038, p.2, CC. *Si no se estima que el fundamento de la colación está, directa o indirectamente, apoyado en la voluntad presunta del causante de anticipar la cuota hereditaria a los herederos forzosos*, no habrá que distinguir, a los efectos del artículo 1-038, p.2, CC, según el nieto fuera ya legitimario presunto en el momento de hacerse el gasto o liberalidad por el abuelo o no, de modo que el *exceso* sobre el deber de alimentos del padre o del abuelo sería siempre colacionable”.

[560] Antes de dicha reforma por la ley 8/2021, el párrafo segundo del artículo 1041 CC disponía que “tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

Como ya dijimos, la razón por la que el legislador añadió este segundo párrafo al citado artículo era, según el apartado VII, e) de la Exposición de Motivos de Ley 41/2003, “evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición

los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad".

Como ya señalamos, en este segundo párrafo, las diferencias de la redacción actual con la que introdujo la Ley 41/2003 son dos. En la redacción actual se habla de "*progenitores* y ascendientes", y la redacción anterior se refería a "*padres* y ascendientes". En segundo lugar, la redacción actual se refiere a "cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su *situación de discapacidad*"; mientras que la redacción anterior hacía referencia a "cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes *con discapacidad".*

Parece que son diferencias formales de expresión que no entrañan cambios de importancia en cuanto a la regulación y el contenido de dicho párrafo.

La norma, en definitiva, procura dar una mayor protección a los hijos y descendientes en situación de discapacidad, en este caso en el ámbito de la colación.

A diferencia de la estructura del párrafo primero del articulo 1041 CC, en este segundo párrafo, el legislador individualiza los sujetos que llevan a cabo los desembolsos, así como a favor de quien se realizan y el por qué de tal actividad; en cambio no sigue el mismo sistema en relación con los gastos que cubren, aunque sí indican su finalidad: cubrir necesidades especiales. Bajo esta denominación pueden quedar cubiertas todas las necesidades que

---

patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad".

vengan exigidas por la condición de persona con discapacidad de un hijo o descendiente[561].

En cuanto a su ámbito personal de aplicación, el artículo 1041.2 CC sólo beneficia a los hijos y descendientes en situación de discapacidad, olvidando que también otros legitimarios pueden estar en esa situación y, por tanto, tener esas mismas dificultades especiales para satisfacer sus necesidades normales. La doctrina critica la limitación de dicho beneficio sólo a los hijos y descendientes discapacitados[562]. En ese sentido, escribe DÍAZ ALABART[563] que "no se entiende bien por qué no se ha extendido la no colacionabilidad de gastos para cubrir las necesidades de los discapacitados, cuando son cónyuges o ascendientes del causante". El notario LEÑA FERNÁNDEZ[564] también critica el ámbito personal del artículo 1041.2, cuando escribe que "la colación, según el 1035, es una operación obligada para los legitimarios que concurran en una sucesión con otros legitimarios ¿Por qué, entonces, ese segundo párrafo del 1041 limita el beneficio de la no colación al legitimario discapacitado hijo o descendiente? ¿Por qué al legitimario, esposo o esposa

[561] Vid.: STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2004, Sala de lo Social.

[562] Así, por ejemplo, BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbre jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español, *op. cit*., pág. 359, escribe "destaca que dicha redacción nada recoge sobre la posibilidad de no traer a colación los gastos efectuados por los hijos o descendientes a favor de los padres o ascendientes con discapacidad, o los realizados por un cónyuge a favor del otro en la misma situación. Pudo haber aprovechado la ocasión el legislador para extender la excepción de colacionar a los gastos realizados a favor de cualquier legitimario con discapacidad, como sí hizo en cambio con la donación y el legado del derecho de habitación estudiado en el apartado anterior".

[563] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, *op. cit.* pág. 2133.

[564] LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", *op. cit*., págs. 225 y 226.

discapacitado, se le priva del beneficio de esa no colación particular en la herencia de su cónyuge, cuando éste haya sido quien sufragó los gastos originados por la atención a esa <<necesidades especiales>> de que habla la modificación? ¿Y por qué el beneficio no se extiende tampoco, aunque el supuesto sea poco frecuente, al padre o madre legitimario discapacitado en la herencia de su hijo o descendiente, cuando éste fuese quien hubiese sufragado los gastos necesarios para satisfacer dichas necesidades especiales? Nada nos aclara al respecto la Exposición de Motivos (Ap VII-e). ¿Será constitucional esta discriminación?". Por su parte, la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[565] también critica la limitación del beneficio previsto en el artículo 1041.2, aunque sugiere una posible explicación a la opción tomada por el legislador, cuando escribe "por tanto, el p. 2.º del artículo 1.041 CC no se aplicará a los gastos realizados por los hijos y descendientes para satisfacer necesidades especiales de padres y ascendientes discapacitados, lo cual, en nuestra opinión, carece de justificación, si bien el olvido de los ascendientes como sujetos beneficiados por la norma puede deberse a que el legislador, tal y como señala en la Exposición de Motivos, parte de que en la sociedad actual debido a los avances habidos de todo orden, es muy probable que los discapacitados sobrevivan a sus padres, lo que ha podido llevar a no plantearse que sea el padre el discapacitado y el hijo el que realice gastos para satisfacer las necesidades derivadas de tal discapacidad".

[565] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1647.

Más recientemente, tras la reforma de la ley 8/2021, REPRESA POLO[566] dice que "no ha querido el legislador, pese al debate abierto sobre la interpretación de este artículo, dispensar de colacionar a otros legitimarios que hubieran sido beneficiarios por este tipo de gasto por el causante", en referencia al cónyuge viudo y a los ascendientes.

Sea cual sea el motivo y la consideración que nos merezca, lo cierto es que el legislador sólo exonera de colación a "los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requerida por su situación de discapacidad", y a ello hay que estar.

Por otro lado, se puede poner de manifiesto que aunque el párrafo segundo del artículo 1041 reduce el ámbito de los sujetos afectados por la exención de colación -frente al ámbito subjetivo del párrafo primero-, al referirse expresamente a los gastos realizados por los progenitores y ascendientes resultará que en el supuesto de los gastos realizados por el abuelo, éstos no deberán colacionarse, independientemente de que el padre viviese o no en ese momento, e independientemente de que el abuelo estuviera o no obligado a dar alimentos, con lo que los casos de exención se amplían en relación al párrafo primero, tal como expone MARTÍN MELÉNDEZ[567]. Si no es colacionable el gasto, con independencia de que lo realice el padre, el abuelo u otro ascendiente y, en

[566] REPRESA POLO, M. P., "Cuarenta y tres. Se redacta el artículo 1041 con el siguiente tenor", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* op. cit., pág. 966.

[567] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1647.

consecuencia, de si se está obligado a ello o no, resulta que no será de aplicación el artículo 1043 CC respecto a la colación de las deudas del hijo pagadas por el padre (la deuda sería de una persona frente a su hijo, pagada por el padre del primero, a su vez abuelo del segundo). Esto supone que los gastos para satisfacer necesidades especiales del hijo o descendiente quedan desvinculados de la obligación de alimentos. De aquí resultará que tampoco la cuantía de esos gastos no colacionables podrá estar determinada por los criterios de capacidad y necesidad, ya que en el caso del abuelo que gasta en las necesidades especiales del nieto, estando obligado el padre y teniendo éste, por consiguiente, posibilidad económica, todo es exceso y si este exceso no es colacionable, la conclusión es que tampoco lo será el exceso sobre la proporcionalidad del artículo 146 CC cuando el gasto lo realice el padre. Concluye MARTÍN MELÉNDEZ[568] diciendo, "estamos, por tanto, ante otra gran diferencia entre los gastos del p.1 y los del p. 2 que, aunque se refiere al objeto del precepto, deriva del ámbito subjetivo del mismo".

Hay que resaltar que es requisito necesario que el hijo o descendiente beneficiario de la exención de colación sea una persona en situación de discapacidad. Como ya dijimos con anterioridad, para precisar el significado de "discapacidad", a efectos del artículo 1041, tenemos que acudir a la Disposición Adicional cuarta del Código civil (con nueva redacción por la Ley 8/2021), que actualmente requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o discapacidad física

[568] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1648.

o sensorial igual o superior al 65%; o dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006.

Por tanto, a efectos del artículo 1041.2, tras la reforma de la disposición adicional cuarta del Código civil por la Ley 8/2021, la discapacidad englobaría también la dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006. Por el contrario, antes de la reforma introducida por la dicha Ley 8/2021, no incluida la dependencia de grado II o III en la discapacidad y vigente la incapacitación judicial, en el supuesto del artículo 1041.2 CC no se trataba ser una persona incapacitada, ni de ser persona dependiente, sino de ser persona con discapacidad, conforme al concepto establecido en la originaria disposición adicional cuarta del Código civil, introducida por la Ley 41/2003[569].

A continuación, vamos a plantear el supuesto siguiente: si el gasto lo hace el abuelo a favor de su hijo discapacitado y los nietos son quienes son llamados a la herencia del abuelo por derecho de representación concurriendo con sus tíos o primos, ¿deberían los nietos colacionar? La respuesta tiene que ser negativa, tal como,

[569] DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", *op. cit*., pág. 523, dice "procede destacar el hecho de que no se exige que el destinatario de la norma, el discapacitado, sea a su vez un incapacitado judicialmente. No sería suficiente con la incapacitación judicial, si esa minusvalía a la que hace referencia el art.2.2 de la Ley 41/2003 no concurriese a su vez, pues esta norma se destina a los discapacitados, no a los incapacitados"; por su parte, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *op. cit*., pág. 358, escribe que" mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se pude hacer, sin embargo, la afirmación inversa; puede ocurrir que la causa de discapacidad no sea causa de incapacitación, o incluso que, siendo la causa de discapacidad causa de incapacitación, no se haya instado el procedimiento judicial correspondiente y no exista sentencia incapacitadora".

correctamente, estima la doctrina[570]. Esta opinión mantiene, por ejemplo, la profesora TORRES GARCÍA[571] que dice" …creo que la opinión que debe primar es la contraria: no colación. El artículo 1.038 CC señala que <<cuando los nietos suceden al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviere, aunque no lo hubieren heredado>>, esta solución entronca con la definición del derecho de representación, artículo 924 CC, el representante ocupa la posición del padre en la herencia del abuelo y si aquél no estaba obligado a colacionar todo lo gastado por el causante para cubrir esas necesidades especiales del hijo discapacitado, la misma posición debe ocupar el heredero que sucede al ascendiente por premuerte de quien debería haber sido su sucesor porque ¿no estamos ante una norma protectora del discapacitado?". También es de la misma opinión la profesora RUIZ-RICO RUIZMORÓN[572] quien escribe que "precisamente por esta razón, la exclusión de la obligación de colacionar, que opera en relación al discapacitado destinatario de tales gastos cuando sea legitimario, también debe alcanzar al descendiente del discapacitado que acceda a la condición de legitimario en

[570] Esta es la opinión, por ejemplo, de los siguientes autores: DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, *op. cit.* pág. 2132; PUIG FERRIOL, L., "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", *op. cit.,* págs. 301 y 302; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1649; LACRUZ BERDEJO, J. L. /SANCHO REBULLIDA, F. de A. y otros, *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones,* revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Ed. Dykynson, Madrid, 2007, pág.145.

[571] TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 366;

[572] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *op. cit*., págs. 367 y 368.

representación de éste; si el padre discapacitado no estaba obligado a colacionar por razón de tales gastos, tampoco lo estará quien, en representación de él, suceda al abuelo (v.art 1038)". Parece, por tanto, clara y correcta la respuesta negativa a la pregunta planteada más arriba.

En cuanto al ámbito objetivo de la exención de colacionar, el artículo 1041.2 CC se refiere a "los gastos realizados…para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad". Mientras que el párrafo primero del art. 1041 CC enumera una serie de conceptos, el párrafo segundo simplemente alude a "necesidades especiales".

Parte de la doctrina quita transcendencia a lo que añade el párrafo segundo, entendiendo que su contenido podría entenderse incluido en lo que establece el párrafo primero.

En ese sentido, escribe la profesora DÍAZ ALABART[573] que "en el antiguo texto del art. 1041 CC ya hubieran tenido cabida los desembolsos para atender las necesidades de los discapacitados. Porque el que ahora es el primer párrafo del precepto ya establece que entre los gastos no colacionables se incluyen los de curación de enfermedades <<aunque fueran extraordinarios>>, y es evidente que una discapacidad puede asimilarse a una enfermedad. Pero tampoco es preciso buscar apoyo en que se incluyen gastos extraordinarios, pues tratándose de un discapacitado los gastos para su educación, alimentos, curación de enfermedades, etc. pueden ser más elevados que los de una persona que no los padezca, pero eso no es porque se les dé más que a los otros que no estén discapacitados, sino que para darles a ellos lo mismo que

[573] DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, *op. cit.* pág. 2133.

a los otros hay que hacer mayores gastos. Dicho con otras palabras, porque esos denominados <<gastos especiales>> de los discapacitados, si consideramos sus circunstancias, no son especiales sino ordinarios. Es más, indispensables para evitar que exista una discriminación por razón de la discapacidad.

Con todo, hay que reconocer al segundo párrafo añadido el valor de evitar cualquier discusión sobre si los tratamientos, cuidados, o educación especial que se brinden al discapacitado tienen o no cabida en esa <<curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias>> o la educación del primer párrafo del art. 1041CC. Además, el nuevo texto al hablar de <<gastos>> en general permite incluir algunos que no encajan bien con el antiguo, como puede ser el adquirir vehículos adaptados especialmente para sus necesidades o cosas similares".

De esa misma opinión es el profesor SERRANO[574] cuando dice "…entiendo que las necesidades económicas que genera la discapacidad, estaban ya incluidas, bien en la curación de enfermedades, bien en la más amplia obligación que tiene los padres de alimentar a sus hijos. En los alimentos entran también las necesidades mayores que tienen unos hijos respecto de otros. Aunque la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos *in potestate* sea distinta de la obligación de alimentos entre parientes, no puede eliminarse la necesidad del alimentista. El hijo alimentista con mayores necesidades, tiene derecho a ser atendido sin sufrir penalización en el momento de heredar. La pretendida igualdad en la cuantía de la legítima dispuesta en el testamento, que el legislador quiere preservar con el instituto de la colación, no

[574] SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, op. cit.,* págs. 511, 512 y 51.

puede existir en la obligación de los padres de alimentar a los hijos, en donde es muy difícil que pueda haber igualdad, insisto, porque las necesidades de los hijos no son iguales.

….El nuevo párrafo II del artículo 1.041 se refiere a gastos que ya están incluidos –posiblemente- en el párrafo I de la <<curación de enfermedades>>, puesto que la discapacidad puede ser psíquica, física o sensorial, y es posible que pueda ser tratada médicamente, en cuyo caso el párrafo segundo sería redundante con lo previsto en el primero".[575]

Por su parte, la profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN[576] considera que "esas necesidades especiales deben ser todas las que vengan demandadas por la minusvalía que concurra en el

---

[575] Otro autor que mantiene la misma opinión que los anteriores es LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", *op. cit*., págs. 225, 226 y 227, cuando escribe "estimo que, en principio, no es de gran transcendencia el añadido de ese párrafo segundo cuyo contenido, de alguna forma, podría entenderse incluido en lo que establece el párrafo primero. Luego veremos alguna posible diferencia que, a mi juicio, no justifica la modificación, pues bastaría con una interpretación extensiva de ese párrafo.

……Dentro de esos gastos realizados por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes discapacitados a que se refiere el segundo párrafo añadido al 1041 ¿acaso no estarían comprendidos los alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje y equipo ordinario de que habla el párrafo primero de ese artículo? Estimo, claramente, que sí, y ello porque todos esos gastos no tienen un contenido objetivo genérico sino específicamente subjetivo, tal y como viene interpretándose el precepto, es decir que ese conjunto de gastos enumerados hay que ponerlos en relación, para apreciar su extensión y cuantía, con la situación y necesidades del sujeto al que le son prestados. Por ello, parece que ese segundo párrafo añadido sólo viene a remachar que, en el caso del discapacitado, la cuantía no colacionable de esos gastos será toda la que pueda comprenderse dentro de los límites del cubrimiento de las "*necesidades especiales*" que precise el discapacitado por su particular condición. Quizá el único gasto que no esté comprendido, de una manera clara, en el párrafo primero del 1041 y sí en el segundo, sea el derivado del pago a terceros que cuiden al discapacitado, ya sea particularmente, ya sea como pago realizado a un establecimiento especial".

[576] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *op. cit*., pág. 367.

descendiente legitimario: entre otras, atención médica, psiquiátrica o psicológica, educación especial y rehabilitación. Los gastos efectuados con tal fin no se consideran liberalidades y no están sujetos a colación en la herencia de quien los realizó".

Sí encuentra alguna diferencia entre los gastos realizados para atender las necesidades especiales a que alude el párrafo segundo y los gastos referidos en el párrafo primero del artículo 1041 CC, la profesora TORRES GARCÍA[577] que opina que "la razón de ser de la no colación de los gastos realizados por el padre o abuelo con sus hijos o nietos discapacitados del párr. 2º del artículo 1.041 CC está en la filosofía de la propia Ley 41/2003, de 18 de noviembre <<protección patrimonial de las personas con discapacidad>> que se erige como principio regulador de toda su regulación. Por ello aunque se encuentren ubicados en el mismo precepto los gastos para atender las necesidades especiales de este párrafo segundo difieren de los del primero, pero no son incompatibles ya que ante un hijo o descendiente con discapacidad, cubiertas las del párrafo primero con la obligación de alimentos, es menester que se atiendan pero ya sin los parámetros de cuantía y necesidad (art. 146 CC) a todas aquellas que por la discapacidad que se sufre viene requeridas y que pueden suponer desembolsos extraordinarios, de ahí que vengan acompañadas de la calificación de especiales lo que no impide que sean habituales y diversas".[578]

---

[577] TORRES GARCÍA, T. F., "La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados", *op. cit*., pág. 364.

[578] Un autor que considera que los gastos referidos en el párrafo 2º del artículo 1041 para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes con discapacidad no pueden entenderse comprendidos en el párrafo 1º del mismo, es BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español, *op.*

El párrafo segundo del artículo 1041 CC sí supone una novedad importante -en relación al párrafo primero- para la profesora MARTÍN MELÉNDEZ[579] quien considera que "…respecto de los gastos para satisfacer dichas necesidades, la inclusión del párrafo segundo supone la novedad de no estar sujetas a colación por la vía del artículo 1.043 CC cuando lo hizo el abuelo estando obligado el padre y, además, por estar desligadas del deber de alimentos, la de estar exentos de colación, incluso cuando se hubiese superado la proporcionalidad del artículo 146 CC, de modo que el exceso tampoco sería colacionable, todo lo cual supone que

---

cit., pág. 359, que escribe que "… existe la postura de ciertos autores que consideran que dichos gastos no colacionables mencionados en el 2º párrafo del art. 1041 C.c. ya podían entenderse comprendidos en el párrafo 1.º del mismo, ya que los gastos efectuados a favor de las personas con discapacidad hubieran tenido cabida en los gastos de curación de enfermedades, aunque fueran extraordinarios.

Por mi parte discrepo de dicha postura doctrinal, ya que el hecho de entender comprendidos los gastos que necesita una persona con discapacidad en el párrafo 1º del art. 1.041 conllevaría a plantearnos un gran número de dudas, como pueden ser, por ejemplo, qué enfermedades, y cuáles no, son equiparables a ciertas enfermedades (sic), o si ciertos gastos necesarios para la persona con discapacidad quedarían cubiertos entre los gastos recogidos en el párrafo 1º, etc.

En cambio, con la incorporación a dicho artículo del 2º párrafo se evita cualquier discusión al respecto, quedando con ello comprendidos todos los gastos que tengan que ver con el cuidado de las personas con discapacidad, los de la adquisición de vehículos adaptados para sus necesidades, etc."

Recientemente, escribe REPRESA POLO, M. P., "Cuarenta y tres. Se redacta el artículo 1041 con el siguiente tenor", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* op. cit., pág. 968, "por tanto, por lo único que adquiere sentido el párrafo final es si entendemos que se refiere a cualquier otro gasto que no sea alimentación, educación o asistencia sanitaria. En este sentido, es habitual citar como ejemplo gastos como adquisición de un vehículo adaptado, reformas en la vivienda, a los que puede añadirse, por ejemplo, la remuneración de un tercero que atienda a la persona con discapacidad. Además, hay que añadir como bien no colacionable la donación de la vivienda habitual dentro del ámbito del art. 822 CC."

[579] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág. 1650.

su tratamiento no es el mismo que si sólo existiera el párrafo 1 del artículo 1.041 CC".

Dando un paso más hacia la concreción de esas "necesidades especiales", la citada profesora MARTÍN MELÉNDEZ[580] considera que se pueden entender "en un sentido amplio, no solamente como lo necesario para la vida (necesidades cubiertas por los alimentos), sino comprendiendo todo aquello que soluciona o hace más llevadera la situación en que se encuentra el discapacitado como consecuencia de la carencia que padezca; así por ejemplo, como gasto para satisfacer una necesidad especial en este otro sentido, habría que citar el de adquisición de vehículos adaptados a la discapacidad, de la silla de competición… …Estos gastos tampoco serían colacionables, independientemente de su cuantía, por tanto, aunque no guarden una proporcionalidad con el patrimonio de quien lo hace. Ahora bien, en cualquier caso la no colacionabilidad del gasto en los supuestos incluidos en el artículo 1.041, p. 2, CC, en cuanto, satisfaciendo un deber de alimentos, sean excesivos en relación al artículo 146 CC, o no se trate de alimentos, han de tener un límite, al que no están sometidos los del artículo 1.041, p. 1, CC (y, por tanto, los gastos para satisfacer necesidades especiales en cuanto constituyan cumplimiento del deber de alimentos y respeten la proporcionalidad derivada del art. 146 CC): el respeto a las legítimas de los demás herederos forzosos, lo que quiere decir que aunque dichos gastos no sean colacionable, sí que serán computables , mientras que los del artículo 1.041, p.1, CC y los del 1.041, p. 2, CC en cuanto puedan quedar comprendidos en el

[580] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., págs. 1650 y 1651.

artículo 1.041, p. 1, CC, no serán colacionables, ni computables para el cálculo de la legítima por muy elevado que sea el gasto".

GARCÍA- BERNARDO LANDETA[581] es contrario a esta última opinión de la profesora MARTÍN MELENDEZ, ya que estima que los gastos del párrafo segundo del artículo 1041, han de recibir el mismo tratamiento que los del párrafo primero; así, escribe el mencionado autor que "tradicionalmente los gastos referidos en el párrafo 1º se ha considerado siempre como no computables, como dice VALLET DE GOYTISOLO y aunque el Código Civil los considera no colacionables, por la confusión existente en este cuerpo legal, <<no sólo se entiendan exentos de colación, propiamente dicha, sino que además no se estimen computables para el cálculo de las legítimas>>. Estamos de acuerdo porque si no fuesen colacionables y fuesen computables se produciría un aumento cuantitativo de las legítimas con unos bienes imputables a ella en muchos casos, conforme al artículo 819, que después quedarían al margen de su imputación a las legítimas y sin la correspondiente adjudicación contable. El mismo tratamiento deberán recibir los gastos referidos en el párrafo 2º".

En su idea de concretar al máximo el contenido de los gastos realizados para satisfacer necesidades especiales del hijo o descendiente discapacitado, y teniendo en cuenta el objetivo de la introducción del nuevo párrafo segundo del art. 1041 CC, según explica la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003: "evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes…", la

[581] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., La *legítima en el Código Civil,* 2ª edición, *op. cit.*, págs. 378 y 379.

profesora MARTÍN MELÉNDEZ[582] concluye escribiendo "…dado que el artículo 1.041, p. 2, CC habla en general de <<gastos para satisfacer necesidades especiales>>, sin disponer ninguna división en el gasto en cuanto a su tratamiento, creemos más adecuado entender incluidos en este nuevo párrafo, todos los gastos realizados por el padre y ascendiente del hijo o descendiente discapacitado para satisfacer sus necesidades especiales, entendiendo por tales, tanto las que podrían quedar incluidas en los conceptos constitutivos del derecho de alimentos, si bien sin sometimiento al artículo 146 CC, como los realizados para colocar al discapacitado en una situación lo más cercana posible a la del no discapacitado en el marco de su actividad, siendo el límite de estos gastos, en cuanto no puedan quedar comprendidos en el párrafo 1, la intangibilidad de las legítimas de los coherederos forzosos y ya los realice el padre o el abuelo.

Por tanto, en nuestra opinión, el nuevo artículo 1.041, p.2, CC, lejos de tener una simple finalidad clarificadora, ha introducido importantes novedades en esta materia de colación…"

Con todo lo expuesto en las páginas anteriores, ha quedado claramente evidenciado que hay discrepancia en la doctrina sobre si el contenido del párrafo segundo del artículo 1041 del Código civil puede entenderse incluido en lo que ya establecía con anterioridad el párrafo primero del citado artículo. Sea ello como fuere, lo cierto es que tras la introducción del párrafo segundo, queda claro que los hijos o descendientes discapacitados no tendrán que someter a colación en la sucesión de sus padres o ascendientes, los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean

[582] MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *op. cit*., pág. 1652.

extraordinarias, y aprendizaje; ni tampoco cualquier gasto especial que sea necesario por su discapacidad, como por ejemplo, la compra de un vehículo adaptado especialmente para sus necesidades o cosas similares. Podrían tratarse de gastos tendentes a facilitar la vida de esa persona, o bien a potenciar sus distintas facultades; pueden no entrar en la categoría de alimentos, pero, por su especial destino no han de estimarse atribuciones lucrativas que supongan un beneficio para ese legitimario, por lo cual quedan excluidos de la colación. Con el nuevo párrafo segundo del artículo 1041 CC ya no será preciso reconducir el gasto a la categoría de alimentos para excluirlo de la colación. Esto prueba la utilidad de la de introducción del nuevo párrafo en el citado precepto.[583]

En nuestra opinión, el razonamiento puede llevarse más lejos todavía; siguiendo la postura defendida por GARCÍA-BERNARDO LANDETA[584] –expuesta más arriba- de que los gastos del párrafo segundo del artículo 1041, han de recibir el mismo tratamiento que los del párrafo primero, en el sentido de que "no sólo se entiendan exentos de colación, propiamente dicha, sino que además no se estimen computables para el cálculo de las legítimas", todos los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad, no sólo no estarán sujetos a colación, sino que, además, tampoco serán computables para el cálculo de las legítimas.

---

583 En ese sentido, DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", *op. cit*., págs. 533 y 535.

584 GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., La *legítima en el Código Civil,* 2ª edición, *op. cit.*, págs. 378 y 379.

4.- Consideraciones finales

Como en los casos de otros artículos reformados con la finalidad de favorecer a la persona con discapacidad, hay que valorar favorablemente el intento del legislador de mejorar la situación de dichas personas, en este caso a través de la incorporación – por la Ley 41/2003- al artículo 1041 del Código civil de un nuevo párrafo segundo, que beneficia a los hijos y descendientes discapacitados en el ámbito de la colación.

Vamos a recapitular algunas ideas importantes.

Hay que resaltar que la colación -en sentido propio- es una operación meramente particional, que no pretende la determinación, ni la protección de las legítimas, sino que, al contrario, parte en su regulación de que éstas ya están fijadas y cubiertas, razón por la que no puede confundirse con la colación en sentido no técnico regulada en los artículos 813 a 818 del CC, que tiene precisamente tal finalidad.

La colación tendrá lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada.

La exención de la obligación de someter a colación los gastos enumerados en el artículo 1041.1 se debe a que no se da el presupuesto necesario para que la colación sea necesaria: tratarse de actos realizados por el causante con ánimo de liberalidad. Tratándose de gastos de alimentos, éstos suponen el cumplimiento de deberes legales derivados, bien de la filiación, bien de la situación de necesidad unida al parentesco; y tratándose de los regalos de costumbre, estamos ante el cumplimiento de deberes sociales.

A diferencia de la estructura del párrafo primero del articulo 1041 CC, en el segundo párrafo, el legislador individualiza los sujetos que llevan a cabo los desembolsos, así como a favor de quien se realizan y el por qué de tal actividad; en cambio no sigue el mismo sistema en relación con los gastos que cubren, aunque sí indican su finalidad: cubrir necesidades especiales. Bajo esta denominación pueden quedar cubiertas todas las necesidades que vengan exigidas por la condición de persona en situación de discapacidad de un hijo o descendiente.

En cuanto a su ámbito personal de aplicación, el artículo 1041.2 CC sólo beneficia a los hijos y descendientes en situación de discapacidad, olvidando que también otros legitimarios pueden estar en dicha situación y, por tanto, tener esas mismas dificultades especiales para satisfacer sus necesidades normales. Es criticable la limitación de dicho beneficio sólo a los hijos y descendientes en situación de discapacidad.

En todo caso, sea cual sea el motivo de la opción tomada por el legislador y la consideración que nos merezca, lo cierto es que el legislador sólo exonera de colación a “los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad”, y a ello hay que estar.

Hay discrepancia en la doctrina sobre si el contenido del párrafo segundo del artículo 1041 del Código civil puede entenderse incluido en lo que ya establecía con anterioridad el párrafo primero del citado artículo. Sea ello como fuere, lo cierto es que tras la introducción del párrafo segundo, queda claro que los hijos o descendientes en situación de discapacidad no tendrán que

someter a colación en la sucesión de sus padres o ascendientes, los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, y aprendizaje; ni tampoco cualquier gasto especial que sea necesario por su discapacidad, como por ejemplo, la compra de un vehículo adaptado especialmente para sus necesidades o cosas similares.

En nuestra opinión, el razonamiento puede llevarse más lejos todavía; siguiendo la postura defendida por cierto sector doctrinal –más arriba expuesta- de que los gastos del párrafo segundo del artículo 1041, han de recibir el mismo tratamiento que los del párrafo primero, en el sentido de que “no sólo se entiendan exentos de colación, propiamente dicha, sino que además no se estimen computables para el cálculo de las legítimas”, todos los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes en situación de discapacidad, no sólo no estarán sujetos a colación, sino que, además, tampoco serán computables para el cálculo de las legítimas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I Introducción:

1.- Partiendo de lo que dispone el artículo 49 de nuestra Constitución de 1978, cuando dice que 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 el Título I de la misma -relativo a los derechos y deberes fundamentales- otorga a todos los ciudadanos, nuestro trabajo se ha centrado en el estudio de la normativa que protege a la persona en situación de discapacidad en el ámbito del Derecho sucesorio.

Entre los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el citado artículo 49 de la Constitución de 1978, tratan de responder a la especial situación de los discapacitados, ordenando los medios necesarios para que la discapacidad que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, hay que destacar, de forma especial, la Ley 41/2.003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de la personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Hay que precisar que esta Ley 41/2003, ha sido modificada recientemente por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A esta última ley, nos referiremos posteriormente.

Las modificaciones de la Ley 41/2003 en el ámbito del Derecho sucesorio del Código civil (a su vez, reformado por la citada Ley 8/2021) que tienden a proteger de forma directa a la persona con discapacidad, constituyen el objeto central de estudio de nuestro trabajo.

2.- En el ámbito internacional, hemos destacado la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2.006; adoptado por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76ª sesión plenaria y que constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre las personas con discapacidad.

El cambio sustancial que implica la Convención radica en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos.

Para desarrollar dicha Convención Internacional se han promulgado en España diversas leyes, como ya hemos mencionado en el presente trabajo.

A continuación, debemos reseñar las más importantes.

a.- Con carácter general, debemos destacar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

b.- Hay que mencionar especialmente la ya citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su

capacidad jurídica. Como destaca su Preámbulo, la mencionada reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3.- Como hemos apuntado en este trabajo, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, convivían en el Código civil la figura de *la persona con discapacidad* con la *incapacitación* o *la capacidad modificada judicialmente,* pero aludiendo a conceptos jurídicos diferentes, a los que se les conferían, por consiguiente, consecuencias jurídicas también diferentes.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se puede considerar suprimida la figura de la incapacitación.

No obstante, como ha sido una figura tradicional en el Código Civil y ha estado vigente hasta la entrada en vigor de la citada Ley, en nuestro trabajo nos hemos referidos a los conceptos discapacidad e incapacitación; y también al concepto dependencia. Asimismo, hemos destacado la relación de los citados conceptos entre sí y su posible coincidencia en una misma persona.

Tenemos que resaltar que en la mayoría de las reformas que la Ley 41/2003 realizó en el ámbito de la sucesión *mortis causa,* el ser una persona con discapacidad aparecía como el requisito determinante de las medidas de protección previstas; bastaría en

dichos casos que concurriese en la persona alguna de las minusvalías a las que hacía referencia su artículo 2, sin que fuese necesaria la incapacitación judicial. Sin embargo, para que se pudiese gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente era imprescindible que dicho legitimario se encontrase incapacitado judicialmente. No era suficiente que el hijo o descendiente tuviese la consideración de persona con discapacidad para establecer en su favor una sustitución fideicomisaria.

Los conceptos discapacidad e incapacitación no eran idénticos, aunque tampoco incompatibles.

Respecto del concepto de discapacidad, tenemos que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: “A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En cuanto a su ámbito de aplicación, establece el artículo 4, lo siguiente:

“1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Para precisar el significado de discapacidad, hay que tener en cuenta la regulación específica o especial establecida en la disposición adicional cuarta del Código Civil (añadida por el artículo 13 de la Ley 41/2003 y que tiene nueva redacción dada por la Ley 8/2021) que establece: “La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que

haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica."

Y conforme al artículo 2.2 de la Ley 41/2003 (en su actual redacción, dada por la Ley 8/2021): "A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:
a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.
b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento."

Por su parte el artículo 26.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece, en su apartado b, que la persona que está en situación de dependencia de grado II, se encuentran en dependencia severa, es decir, "cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal"; y en su apartado c, establece que la persona que está en situación de dependencia de grado III, se encuentran en gran dependencia, es decir, "cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal."

En cuanto a la incapacitación como se sabe, se encontraba regulada en los artículos 199 y siguientes del Código civil, habiendo sido derogados los artículos 202 a 214 por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la cual regulaba los procesos que

versaban sobre la capacidad de las personas (artículos 748 a 755 LEC) y los de declaración de prodigalidad (artículos 756 a 763 LEC). Según establecía el artículo 200 del Código civil -derogado por la Ley 8/2021- “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a las personas gobernarse por sí misma”. Por su parte el artículo 201 -también derogado por la Ley 8/2021- establecía que “los menores de edad sólo podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

Además, para que una persona fuera incapacitada no era suficiente con que en ella concurriese alguna causa de incapacitación, sino que era imprescindible la correspondiente sentencia judicial que así lo declarase (según el derogado artículo 199 del Código civil).

A los conceptos de discapacidad e incapacitación había que unir, a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el de dependencia**,** que es definido en su artículo 2.2 como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental de otros apoyos para su autonomía personal”.

Así pues, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, una misma persona podía reunir los caracteres de dependiente e

incapacitada; si bien una persona podía ser dependiente y no estar incapacitada judicialmente.

En la actualidad, como hemos dicho, en base a lo dispuesto en la arriba mencionada disposición adicional cuarta del Código Civil, tendrán la consideración de persona con discapacidad, además de las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006; si bien a los efectos de los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041 del Código Civil. Es decir, en algunos casos, una persona puede ser persona dependiente y persona con discapacidad a la vez; es decir, reunir los dos caracteres conjuntamente.

II Donación o legado de un derecho de habitación

En relación a la reforma que la Ley 41/2003 introdujo en la regulación de la donación o legado de un derecho de habitación en el Código civil, concretamente en el artículo 822, posteriormente modificado en sus párrafos primero y segundo por la Ley 8/2021, podemos llegar a una serie de conclusiones que exponemos a continuación.

1.- Para cualquier persona el poder disfrutar de una vivienda constituye una necesidad esencial que, teniendo en cuenta los precios elevadísimos que tienen en la actualidad, es de difícil satisfacción. Esta afirmación es aplicable especialmente a las personas con discapacidad, que verán aumentadas dichas dificultades. Una persona con discapacidad tiene especiales

dificultades para obtener los recursos económicos necesarios para alquilar o adquirir una vivienda.

Hasta la reforma que hizo la Ley 41/2003 del artículo 822 CC no existía ninguna norma civil que favoreciera directamente la obtención por una persona con discapacidad del uso de una vivienda.

Tras la reforma citada, hay que destacar que el contenido del artículo 822 CC era completamente nuevo y que afectaba al régimen de las legítimas, en concreto supuso la tangibilidad de la legítima.

2.- Para ser donatario o legatario de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, según el artículo 822 C.C., además de "persona en situación de discapacidad" hay que ser legitimario.

Por tanto, en el supuesto de un legitimario (si ve satisfecha su legítima con la institución de heredero) que se beneficia del derecho de habitación por la vía del legado nos encontraríamos ante la figura del prelegado.

3.- Hay que reseñar que el artículo 822 C.C. no establece ningún tipo de preferencia entre los posibles legitimarios y, por tanto, el beneficiado puede ser cualquiera de ellos. Lo que ocurre es que el caso más frecuente de legitimario beneficiado será el del descendiente, y ello, porque no es muy frecuente el supuesto de supervivencia respecto a los descendientes careciendo estos, a su vez, de descendencia (único supuesto en que serían legitimarios los ascendientes) y en cuanto al cónyuge supérstite, porque, también, normalmente, los cónyuges suelen dejarse mutuamente el usufructo universal de la herencia (con la cautela sociniana o gualdense), o, al menos el usufructo de la vivienda habitual en que conviven ambos

cónyuges, que es la que ha de soportar el gravamen del derecho de habitación.

4.- Por otro lado, hay que resaltar que cuando se trata de una donación o de un legado dispuesto por el causante, el artículo 822.1 no dice nada de que sea necesario que el legitimario discapacitado habitacionista "necesite" la vivienda, requisito que aparece como necesario para el legado legal previsto en el segundo párrafo del citado precepto. Se puede plantear la duda de si dicho requisito es también necesario en el supuesto previsto en el primer párrafo. En esta cuestión la doctrina se encuentra dividida. En nuestra opinión, parece que no es necesaria dicha "necesidad" del legitimario discapacitado habitacionista, puesto que si el legislador hubiese querido introducir dicho requisito en los supuestos de constitución voluntaria del derecho de habitación previstos en el artículo 822.1, así lo habría hecho.

5.- Es llamativo que el artículo 822 del C.C. se refiera -junto al legado- a la donación (que es, por principio, un acto realizado *inter vivos)* como título para transmitir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del titular-donante en vida de éste, ya que si lo que se persigue es que el legitimario discapacitado pueda habitar en la vivienda habitual de aquel, ello se puede conseguir sin necesidad de concederle el citado derecho de habitación, simplemente con el consentimiento del titular; a menos que se quiera formalizar anticipadamente el derecho de habitación. Ya que el titular de la vivienda habitual siempre puede instituir el legado de derecho de habitación en su testamento, lo que habilitaría que el legitimario discapacitado -que ya la habitaba- continuase habitando en la vivienda habitual del testador tras el fallecimiento de éste.

Sin embargo, desde otra perspectiva, se pueden destacar algunas ventajas si se establece el derecho de habitación mediante donación en vez de establecerlo mediante legado. Así, cuando existan cargas posteriores sobre el inmueble, ya que el habitacionista ostenta un derecho anterior a la apertura de la sucesión. El habitacionista goza de oponibilidad *erga omnes* frente a posibles posteriores adquirentes del inmueble. Por otro lado, si se estableció mediante una donación, el derecho de habitación, como gravamen, subsistirá sobre la vivienda de carácter ganancial frente a los derechos de atribución preferente del cónyuge supérstite, ya opte éste por la propiedad, ya opte por la habitación, si bien es cierto que dicha donación debió ser realizada en su día con el consentimiento de ambos cónyuges.

6.- Las peculiaridades del supuesto previsto en el artículo 822.1 son, en primer lugar, que el legatario del derecho de habitación también puede ser heredero (en cuanto legitimario que ve satisfecha su legítima con la institución de heredero), y estaríamos ante la figura del prelegado, tal como hemos dicho más arriba y, en segundo lugar, que el citado legatario ya vivía en la vivienda habitual del causante de la herencia *("…* si en el momento del fallecimiento ambos estuviesen conviviendo en ella**.**"**),** es decir, ya se encontraba en posesión de la cosa sobre la que recae su derecho; y, por tanto, estaríamos ante una excepción al principio de que el legatario ha de pedir la posesión al heredero o albacea.

7.- Por otro lado, hay que destacar que el artículo 822.2 C.C. trata de un supuesto de legado fijado por la ley, para proteger al legitimario en situación de discapacidad que lo necesite, que se constituiría, aunque el titular de la vivienda habitual no hubiese hecho testamento. Parece que estaríamos ante una excepción al

principio general de que la institución del legado sólo puede llevarse a cabo mediante testamento. Por el contrario, si el titular de la vivienda habitual dejó testamento es necesario, como ya hemos dicho antes, que no "hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiere excluido expresamente*…".* Esto último se puede interpretar en el sentido de que el testador haya dispuesto dejarle la vivienda en propiedad, en usufructo, como heredero fiduciario, etc. En estos supuestos, evidentemente, el derecho de habitación carece de sentido, al tener el legitimario en situación de discapacidad la titularidad de un derecho de mayor contenido.

8.- En el supuesto en que el único bien de la herencia sea la "vivienda habitual" y existan varios legitimarios, además del que se encuentre en situación de discapacidad, la exclusión del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas, plantea algunas cuestiones. La no computación para calcular el "valor de los bienes" (artículo 818 C.C.) supone una excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

9.- El artículo 822 C.C. dice que la donación o legado de un derecho de habitación "no se computará para el cálculo de las legítimas", pero no hace ninguna referencia sobre si tiene que ser, o no, objeto de colación.

Parece razonable que, aunque el Código civil no diga nada al respecto, la donación de un derecho de habitación quede dispensada de la colación, ya que no se beneficiaría en nada a la persona con discapacidad si se la dispensase de la computación pero que después quedase obligada a colacionar.

10.- Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, los beneficiarios del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC, únicamente podían ser los legitimarios afectados por las

minusvalías que señalaba el artículo 2 de la Ley 41/2003, en su redacción originaria, es decir los que eran considerados , entonces, personas con discapacidad; pero no podían ser beneficiarios las personas declaradas incapacitadas, si en ellos no concurrían los grados de minusvalía exigidos en el citado artículo, personas que en muchos casos también podrían ser merecedores de una ayuda especial.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, como hemos dicho, se puede considerar suprimida la figura de la incapacitación; y se amplía el circulo de personas que pueden ser beneficiarias del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC, ya que, además de las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, pueden serlo las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo con la Ley 39/2006.

11.- Como conclusión final hay que destacar que, aunque el derecho de habitación conforme al régimen del artículo 822 del CC presente algunos problemas, en conjunto es una medida plausible por facilitar la posibilidad de que las personas en situación de discapacidad puedan disfrutar de una vivienda (concretamente de la "facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia", según el artículo 524.2 del C.C.); y ello sin ver reducida su cuota hereditaria. Aunque ello afecte a los intereses de los demás colegitimarios, éstos, si la necesitan, pueden utilizar la misma vivienda conjuntamente con la persona en situación de discapacidad.

III Sustitución Fideicomisaria

A) Conclusiones respecto de la Ley 41/2003

En relación a la reforma que la Ley 41/2003 introdujo en la regulación de la sustitución fideicomisaria del Código civil, concretamente en los artículos 782, 808 y 813, podemos llegar a una serie de conclusiones que exponemos a continuación.

1.- Comenzamos mencionando, simplemente, algunas ideas sobre lo que implicó la citada reforma. En primer lugar, hay que destacar, por su importancia, que la misma permitió alterar el tradicional y consagrado principio de la intangibilidad de la legítima, con todo lo que ello conlleva. En segundo lugar, hay que resaltar que, con esta reforma en concreto, el sujeto al que se pretendía proteger no era aquél a quien, en principio, trataba de tutelar toda la Ley, la persona con discapacidad, sino otro distinto que no tiene que coincidir necesariamente con aquél: el incapacitado judicialmente. Los conceptos discapacidad e incapacitación no eran idénticos, aunque tampoco incompatibles. Una persona podía ser declarada discapacitada y, a la vez, estar incapacitada judicialmente, o no. En tercer lugar, también hay que destacar que se trataba de una reforma parcial del Derecho de sucesiones, que ha supuesto la ruptura de la coherencia interna del sistema legitimario del Código civil.

2.- Hay que destacar, también, que el mecanismo de protección de introducido por esta reforma sólo podría beneficiar a los incapacitados que estuviesen sujetos al Código civil, ya que -como sabemos- el sistema sucesorio del mismo no se aplica en las comunidades autónomas con Derecho civil propio, en las que se aplicará su propio régimen sucesorio y legitimario. Concretamente, solo podrían beneficiarse de ese mecanismo de protección aquellos

incapacitados cuyo padre, madre o ascendiente tuviesen vecindad civil de Derecho común, porque es la ley personal del causante la que rige la sucesión.

En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, el mecanismo de protección introducido por la ley 41/2003 sólo se aplicaría como derecho supletorio. Así lo recoge el apartado II de la Exposición de Motivos de la citada Ley: “la regulación contenida en esta ley 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 artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo13.2 del Código civil”.

3.- El fideicomitente debería establecer la sustitución fideicomisaria en su testamento, que se regirá por las reglas generales. De forma que dicha sustitución sólo se daría en la sucesión testada, nunca, lógicamente en la intestada. Dentro de la testada, se podía establecer tanto en testamento notarial como en testamento ológrafo (que se debía protocolizar notarialmente en el plazo de cinco años, tal como establece el artículo 689 del Código civil).

Aunque según se desprende del Código civil tanto el fiduciario como el fideicomisario se consideran herederos, se afirma por parte de la doctrina que los llamamientos derivados de la sustitución fideicomisaria se pueden hacer tanto a título de herencia como de legado.

4.- En cuanto a los requisitos para ser fiduciario, tenemos que destacar que el familiar que podía ser protegido mediante esa figura tenía que estar incapacitado judicialmente; no era suficiente que fuese una persona con discapacidad ni tampoco que fuese una persona declarada dependiente.

5.- En nuestra opinión, además de incapacitado judicialmente, el fiduciario debía ser hijo o descendiente del testador. Por tanto, no podía serlo un padre o ascendiente, ni tampoco el cónyuge viudo. Es curiosa la opción del legislador, puesto que – dadas las avanzadas edades que se alcanzan en nuestros días y las enfermedades físicas y psíquicas que en ellas suelen aparecer y que podían ser causa de incapacitación- era frecuente que los familiares incapacitados fuesen, no los hijos o descendientes del testador, sino su cónyuge o sus padres y que fuese a ellos a quienes se quisiese favorecer, sin que la ley hubiese previsto la misma posibilidad que para los hijos y descendientes. Si los hijos podían verse privados temporalmente de su legítima para favorecer a un hermano incapacitado ¿por qué no en beneficio de un ascendiente incapacitado, sobre todo si éste era su padre o su madre?

Nosotros pensamos que, aunque no estuviese justificada la exclusión de esas personas, la ley era muy clara al referirse sólo a los hijos o descendientes, con lo que el cónyuge o el ascendiente del testador no podrían beneficiarse como fiduciarios de la sustitución fideicomisaria que estudiamos.

6.- Con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2003, si se quería favorecer en especial a un descendiente, el titular de los bienes podía utilizar a tal fin el tercio de mejora y el tercio de libre disposición. Si ese mismo descendiente era, además, legitimario

conservaba sus derechos respecto del tercio de legítima estricta que compartía, en su caso, con los restantes descendientes legitimarios. Lo que no podía hacer el testador era asignarle íntegramente el tercio de legítima estricta si existían otros legitimarios, ni gravar la legítima de estos en su beneficio.

Tras la reforma de la Ley 41/2003, la libertad del testador resultó muy ampliada porque reconocía a éste una facultad que antes no tenía. Lo hacía en detrimento de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque se permitía al testador incorporar una sustitución fideicomisaria al tercio de legítima estricta para favorecer en *particular al legitimario que estuviese incapacitado judicialmente.* Como indicaba el artículo 808.3 del Código Civil, si alguno de los hijos o descendientes había sido judicialmente incapacitado, el testador podía establecer un orden sucesivo de llamamientos al tercio de legítima estricta, en el cual el fiduciario iba a ser el legitimario incapacitado y fideicomisarios los restantes coherederos forzosos, quienes tendrían que esperar a la muerte del incapacitado para disfrutar de sus derechos legitimarios. De esta forma el testador podía asegurar el disfrute del tercio íntegro de legítima a aquel de sus descendientes legitimarios incapacitado, con el consiguiente aplazamiento para los restantes legitimarios. En conclusión, como las posibilidades de disposición del testador en relación al los tercios de mejora y de libre disposición no habían variado, todos sus bienes podrían ir a parar, aunque algunos no de forma definitiva, al descendiente incapacitado.

7.- Otra cuestión que se podía plantear era que el testador tuviese varios hijos o descendientes incapacitados y otros que no lo fuesen. Si decidía constituir la sustitución fideicomisaria sobre la

legítima estricta, ¿podría ser fiduciario uno sólo o deberían ser fiduciarios todos los hijos o descendientes incapacitados?

La doctrina daba diversas respuestas a esta pregunta.

Nosotros consideramos que el testador podría nombrar fiduciario a uno, algunos o todos los hijos o descendientes incapacitados. Ello a pesar de la literalidad -en plural- del anterior artículo 808.3 del Código civil: "siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados", lo que podría llevar a pensar que si son varios los hijos o descendientes incapacitados, todos deberían ser fiduciarios. Pensamos que el tenor literal del artículo obedece a una forma habitual de expresarse el legislador, puesto que ordinariamente utiliza el plural para referirse a los sucesores del causante, ya que lo normal es que sean varios (así, por ejemplo, suele referirse a los herederos forzosos, hijos o descendientes, padres y ascendientes…). Pero, sobre todo, pensamos que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta era una facultad del causante cuando tenia hijos o descendientes incapacitados, y por tanto, podía utilizarla o no, libremente; igualmente podía utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos. Lo que no podía el causante era nombrar fideicomisario a ninguno de sus hijos o descendientes incapacitados; estos o eran fiduciarios o no podían formar parte de la sustitución fideicomisaria regulada en la Ley 41/2003.

8.- En nuestra opinión, además de ser hijo o descendiente del testador y de estar incapacitado judicialmente, el fiduciario tenía que ser legitimario.

De todas formas, hay que destacar que la doctrina no era unánime en cuanto a que el fiduciario tuviese que ser necesariamente legitimario.

Ente otros, como argumento a favor de considerar necesario que el fiduciario tuviese que ser legitimario se puede esgrimir que -como es sabido- el tercio de legítima estricta tiene unos destinatarios predeterminados en el Código civil a quienes no se les puede privar de sus derechos sino mediante desheredación fundada en causa legal (art. 848). En consecuencia, se puede afirmar que los descendientes que no fuesen legitimarios, no tenían derecho alguno a la legítima estricta; y, tampoco, por supuesto, a ser fiduciarios en una sustitución fideicomisaria que gravase la legítima estricta de los que sí eran legitimarios.

9.- El fiduciario era dueño de los bienes y derechos fideicomitidos y tenía las facultades que le correspondían como tal, pero teniendo en cuenta su obligación de restituirlos cuando operase la sustitución.

En cuanto a los derechos que le correspondían al fiduciario (tal como consta explicado en páginas anteriores, a las que nos remitimos), podemos enumerar brevemente, entre otros, los siguientes: pedir que se realice la partición de la herencia, solicitar la inscripción de los bienes fideicomitidos en el Registro de la Propiedad, la posesión y el goce y disfrute de los citados bienes, ciertas facultades de disposición de los citados bienes (no era admisible el fideicomiso de residuo), ciertas facultades de administración y gestión, hacer mejoras en los bienes fideicomitidos, cobrar los créditos de la herencia frente a terceros y cobrar los créditos que él tuviese frente a la herencia.

En cuanto a las obligaciones que tenía el fiduciario (tal como consta explicado en páginas anteriores, a las que nos remitimos), podemos enumerar brevemente, entre otras, las siguientes: conservar y restituir a los fideicomisarios los bienes fideicomitidos,

conservar y administrar los bienes fideicomitidos con la diligencia de un buen padre de familia, rendir cuenta de su actuación, realizar inventario de los bienes fideicomitidos y tenía responsabilidad por las deudas hereditarias.

Es discutible si tenía o no obligación de prestar fianza; nosotros pensamos que aunque la intención del legislador fuese favorecer especialmente al fiduciario incapacitado, y al no haber ningún precepto que la impusiese expresamente, se podría defender la tesis de la no obligatoriedad de constituir fianza, hay argumentos que permitían defender la postura contraria. En ese sentido hay que destacar que los fideicomisarios tenían derecho a recibir los bienes fideicomitidos, que constituían su legítima estricta, y que la fianza, era la única forma de que aquellos tuviesen la garantía de recibir, en su momento, aquellos bienes íntegramente; sobre todo, si tenemos en cuenta que este fideicomiso es una excepción a la regla general por la que los legitimarios tienen derecho a la adquisición de su legítima sin sometimiento a plazo alguno; y que en algunos casos, la privación temporal de esa legítima estricta podía prolongarse durante plazos muy amplios, argumento para defender que, al menos, tuviesen garantizada la recepción íntegra de la misma.

10.- En cuanto al fideicomisario, nosotros pensamos que también tenía que ser legitimario. En la sustitución fideicomisaria a que se refería el anterior artículo 808.3, tanto fiduciarios como fideicomisarios, tenían que ser legitimarios. Concretamente el citado artículo señalaba que los fiduciarios serían "hijos o descendientes judicialmente incapacitados" y los fideicomisarios serían "los coherederos forzosos". Un supuesto tipo podría ser el de un testador que tenía un hijo incapacitado y otros hijos con

plena capacidad; nombraría fiduciario a su hijo incapacitado y fideicomisarios a sus otros hijos, y todos serían coherederos forzosos, es decir legitimarios.

Por tanto, fideicomisarios podía ser los colegitimarios no incapacitados, sobre cuya legítima estricta, total o parcialmente, recaía la sustitución. No podía ser fideicomisario un legitimario incapacitado judicialmente; éste o era fiduciario, o si no lo era, recibía, al menos, su legítima estricta de forma directa, sin gravamen, condición o término alguno.

Como el anterior artículo 808.3 decía que los fideicomisarios eran “los coherederos forzosos” sin hacer matizaciones, se podía entender que si había varios legitimarios no incapacitados, todos ellos serían fideicomisarios y soportarían por igual el fideicomiso.

En el supuesto de la sustitución fideicomisaria a que se refería el anterior artículo 808.3 nos encontrábamos con una sustitución pura. El derecho del fideicomisario a la herencia era cierto desde el mismo momento de la muerte del fideicomitente. El fallecimiento del fiduciario marcaba el momento en el que los bienes fideicomitidos pasarían a los fideicomisarios.

11.- Partiendo de la base de que el fideicomisario a quien sucede es al fideicomitente, no al fiduciario, podíamos distinguir dos fases en su posición jurídica: la primera fase, que podríamos denominar fase fiduciaria y la segunda fase, que comienza en el momento en el que, una vez extinguida aquella, el fideicomisario pasa a ser efectivamente heredero.

La primera fase abarcaría desde la muerte del causante fideicomitente, hasta la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: la muerte del fiduciario, el fin del plazo fijado por aquél, la renuncia del fiduciario a su derecho (es decir al gravamen sobre

la legítima estricta de los coherederos forzosos) o, en su caso, el cese de la incapacitación del fiduciario. La segunda fase empezaría a partir de ese momento.

Sabemos que el fiduciario tenía una serie de obligaciones en relación al fideicomisario. En consecuencia, éste era el acreedor o titular activo de las obligaciones de aquel. El fideicomisario, por tanto, tenía derecho a exigir al fiduciario la conservación y administración de los bienes fideicomitidos con la diligencia de un buen padre de familia, la formación de inventario y, en su caso, la constitución de fianza; si se entiende que ésta última era obligación del fiduciario, cuestión sobre la que ya dijimos que la doctrina no era pacífica, aunque hay argumentos para defender su obligatoriedad, entre los que destaca el que era la única forma de que los fideicomisarios tuviesen la garantía de recibir íntegramente, en su momento, los bienes fideicomitidos.

Entre otras facultades, el fideicomisario, también podría impugnar, por anulables, los actos de disposición definitiva que hubiese hecho el fiduciario sin su consentimiento.

En la segunda fase el fideicomisario tendría derecho a la entrega de los bienes fideicomitidos (art. 783.2 C.C.), en manos del fiduciario hasta ese momento. Los bienes fideicomitidos le serían entregados al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondiesen por gastos legítimos, créditos y mejoras, según señala el artículo 783.2 del Código civil. El fideicomisario tenía derecho a inscribir a su favor en el Registro de la Propiedad los citados bienes.

Es destacable, también, en su caso, la responsabilidad del fideicomisario instituido heredero en cuanto a las deudas hereditarias.

12.- La sustitución fideicomisaria regulada en el anterior art. 808.3 C.C., ¿debía recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o podía recaer sólo sobre parte de dicho tercio?

En relación a esta cuestión, nosotros compartimos la postura de la mayoría de nuestra doctrina y creemos que la sustitución fideicomisaria prevista en la Ley 41/2003 no podía servir para que algunos de los herederos forzosos fuesen designados fideicomisarios, y otros no lo fuesen. Si el testador establecía dicha sustitución fideicomisaria, gravaría por igual a todos los herederos forzosos no incapacitados, siempre en el porcentaje de legítima estricta que él hubiese determinado, porcentaje que no tenía por qué ser el cien por cien de dicho tercio, sino que dependía única y exclusivamente de su voluntad.

13.- La sustitución fideicomisaria regulada en el anterior art. 808.3, ¿podía recaer sobre la legítima estricta del incapacitado judicialmente?

Sobre esta cuestión había discrepancia entre los autores. Nosotros pensamos que la sustitución fideicomisaria no podría gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado. Los bienes que recibiese el legitimario fiduciario en pago de su derecho de legítima no estarían gravados por la sustitución fideicomisaria, no tendrían que ser restituidos a nadie y, en consecuencia, quedarían para sus propios herederos. La legítima individual del legitimario fiduciario la recibía libre de toda carga. Ni en la Ley 41/2003 ni en el Código civil se dice que la sustitución fideicomisaria que estudiamos tuviese que gravar la legítima del incapacitado fiduciario; ni que se hubiese de compensar a los fideicomisarios no incapacitados por el perjuicio que le supusiese el gravamen de su

legítima estricta. Parece de sentido común que no se pudiese gravar la legítima estricta del fiduciario incapacitado a través de una figura cuya finalidad era proteger a las personas incapacitadas.

14.- ¿Sin dejar al incapacitado el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le podía nombrar fiduciario en el fideicomiso que gravase la legítima corta de los coherederos forzosos?

Sobre este tema había una importante discrepancia doctrinal.

En cuanto a la pregunta planteada, nosotros pensamos que la respuesta correcta es no. Sólo podría constituirse la sustitución fideicomisaria cuando, además de su porción en el tercio de legítima corta, todo el tercio de mejora y el de libre disposición se hubiesen atribuido al incapacitado.

El legislador, con la reforma de la Ley 41/2003, alteró el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en cuanto sobre ésta, según rezaba el anterior artículo 813.2, no podía imponerse "gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". Parece de sentido común que una reforma de tal calado e importancia se haya realizado para que el incapacitado recibiese más de lo que podía recibir antes de la misma. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los coherederos forzosos –con la importancia y trascendencia que ello conlleva para los mismos: privación temporal, que podría ser muy prolongada, de la misma- pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios.

15.- La reforma que la Ley 41/2003 realizó en el Código civil, permitiendo la constitución de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, no merece un juicio favorable, entre otras, por las siguientes razones.

En primer lugar, se trataba de una reforma parcial del Derecho de sucesiones, que suponía alterar el principio tradicional de la intangibilidad de la legítima; ello provocaba la ruptura de la coherencia interna del sistema legitimario del Código civil.

La reforma del sistema legitimario del Código civil, si es que se considera conveniente, debería hacerse de forma global, no a modo de parches aislados como el que supone la reforma de 2003.

En segundo lugar, en la mayor parte de las ocasiones, el beneficio económico que obtendría el incapacitado fiduciario no sería muy importante. En el supuesto de que existiesen dos hijos, el incapacitado y un hermano no incapacitado, el beneficio obtenido por aquel sólo supondría una sexta parte del patrimonio hereditario, ya que -incluso antes de le reforma estudiada- el testador era libre de dejarle al incapacitado el tercio de libre disposición y el de mejora

A pesar de suponer la ruptura del sistema legitimario del Código civil, la reforma no supuso una gran mejoría en la situación del incapacitado, si se la compara con aquella a la que podría aspirar antes de la misma. Tal como hemos apuntado más arriba, incluso antes de la reforma, el fiduciario incapacitado podía verse favorecido por el tercio de libre disposición y el de mejora. Posteriormente, tras la reforma, solo podía ver aumentada su cuota en la herencia, en la parte de legítima estricta que correspondiese a los legitimarios no incapacitados, y sometida dicha parte a la restitución a éstos. Su posición como fiduciario implicaba que la

propiedad de los bienes que le fuesen adjudicados sería temporal y no podría disponer como libre de ellos, al tener que restituirlos en un momento posterior. De lo anterior podemos deducir que la sustitución fideicomisaria sobre la legítima sólo supondría un beneficio importante para el incapacitado si recaía sobre bienes que produjesen frutos, rentas o rendimientos apreciables. De lo contrario, poco mejoraría la situación del fiduciario y se habría privado temporalmente a los legitimarios no incapacitados de su legítima para nada o para poco.

En tercer lugar, hay que destacar que el beneficio económico que podía obtener el incapacitado tenía como contrapartida que sus colegitimarios no incapacitados se verían privados –al menos temporalmente- de su parte de legítima. Ello podía conllevar que considerasen al incapacitado culpable de dicha privación y se desentendiesen de él y no le prestasen las atenciones y cuidados necesarios.

En cuarto lugar, hay que hacer hincapié en que la mejora del incapacitado se hacía realmente a costa de los colegitimarios no incapacitados y sin contar con su voluntad. El Código civil permitía al causante gravar la legítima estricta de aquellos, sin exigirle especiales requisitos, y sin necesidad de tener en cuenta su situación económica, que podía ser peor y más necesitada de ayuda que la del propio fiduciario incapacitado.

Se podía dar una situación muy llamativa y, quizás, injusta: que teniendo una buena posición económica los hijos del incapacitado, sin embargo, fuesen los hermanos del citado incapacitado quienes se viesen privados temporalmente de su legítima por decisión del causante, al disponer la sustitución fideicomisaria para favorecer a aquél. Ello significaría que serían

los hermanos y no los hijos, quienes, de hecho, satisfarían las necesidades del incapacitado lo que conllevaría la reducción de la obligación de alimentos que, en su caso, pudiera corresponderles a los hijos del incapacitado frente a éste. No parece ésta la situación más razonable y justa; teniendo posibilidades económicas suficientes, debían ser los hijos quienes se ocupasen de las necesidades de su padre incapacitado, si éste carecía de recursos económicos suficientes; sobre todo, si la situación económica de los fideicomisarios, hermanos de aquél, no era muy boyante.

En todo caso, partiendo de la reforma efectivamente realizada, las posibles situaciones injustas que pudiesen derivarse de que el legislador no tuviese en cuenta (al menos, no lo expresó en el texto de la ley) la posición económica de los legitimarios no incapacitados y la del incapacitado, se podría evitar por el causante haciendo uso de la facultad atribuida, aplicando el sentido común y teniendo en cuenta la situación económica de todos los afectados por la sustitución fideicomisaria establecida.

B) Conclusiones respecto de la Ley 8/2021

Partiendo de lo ya expuesto respecto de la Ley 41/2003, en relación a la reforma que la Ley 8/2021 introduce en la regulación de la sustitución fideicomisaria del Código civil, concretamente en los artículos 782, 808 y 813, podemos llegar a una serie de conclusiones que exponemos a continuación.

1.- Como novedad principal, hay que poner de manifiesto que, tras la reforma de la Ley 8/2021, los nuevos artículos 782 y 808 C.C. ya no se refieren a personas incapacitadas judicialmente sino a personas que se encuentren en situación de discapacidad; lo

cual supone un cambio muy importante en relación a la anterior regulación de la Ley 41/2003.

Poniendo en relación la regulación de esta última Ley con la realizada por la Ley 8/2021 tenemos que destacar algunas ideas.

En primer lugar, la Ley 8/2021 sigue permitiendo alterar el tradicional principio de la intangibilidad de la legítima; posibilidad iniciada con la Ley 41/2003 y criticada por los autores.

En segundo lugar, hay que resaltar que, mientras que con la reforma introducida por la Ley 41/2003, el sujeto al que se pretendía proteger era el incapacitado judicialmente, con la reforma de la Ley 41/2021 se pretende proteger a la persona en situación de discapacidad.

En tercer lugar, también es resaltable que la Ley 41/2003 supuso una reforma parcial del Derecho de sucesiones, y que la Ley 8/2021 ha modificado dicha reforma parcial, sin llegar a hacer una reforma completa de dicho sector normativo. La doctrina considera que, en caso de estimarse oportuno reformar el derecho sucesorio, sería conveniente realizar una reforma global.

2.- De forma paralela a lo que dijimos respecto del mecanismo de protección regulado en la Ley 41/2003, hay que destacar que la regulación introducida por la Ley 8/2021 sólo podría beneficiar a las personas en situación de discapacidad que estuviesen sujetas al Código civil, ya que -como sabemos- el sistema sucesorio del mismo no se aplica en las comunidades autónomas con Derecho civil propio, en las que se aplicará su propio régimen sucesorio y legitimario. Concretamente, solo podrían beneficiarse de esa regulación las personas en situación de discapacidad cuyo padre o madre tuviesen vecindad civil de Derecho común, porque es la ley personal del causante la que rige la sucesión.

En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, la regulación de la Ley 8/2021 sólo se aplicaría como derecho supletorio.

3.- Al igual que lo dicho respecto de la Ley 41/2003, conforme a la Ley 8/2021, el fideicomitente deberá establecer la sustitución fideicomisaria en su testamento, que se regirá por las reglas generales. De forma que dicha sustitución sólo se daría en la sucesión testada, nunca, lógicamente en la intestada. Dentro de la testada, se podía establecer tanto en testamento notarial como en testamento ológrafo (que se debía protocolizar notarialmente en el plazo de cinco años, tal como establece el artículo 689 del Código civil).

Como ya dijimos, aunque según se desprende del Código civil tanto el fiduciario como el fideicomisario se consideran herederos, se afirma por parte de la doctrina que los llamamientos derivados de la sustitución fideicomisaria se pueden hacer tanto a título de herencia como de legado.

4.- A diferencia de la regulación contenida en Ley 41/2003, en la que era posible favorecer a un descendiente que estuviese judicialmente incapacitado, la Ley 8/2021 excluye expresamente a los descendientes del testador que no tengan la condición de legitimario de aquél, ya que solo podrá otorgarse a favor de los hijos con discapacidad.

Es decir, se acotan los posibles beneficiarios del establecimiento del fideicomiso, limitándolos a los hijos con discapacidad del testador. Es decir, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá ser favorecido con el establecimiento del fideicomiso, aunque se encuentre en una situación de discapacidad.

5.- Una cuestión planteable es que el testador tenga varios hijos en situación de discapacidad y otros que no estén en dicha situación. Si decide constituir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, ¿podrá ser fiduciario uno sólo o deberán ser fiduciarios todos los hijos en situación de discapacidad?

El texto de la Ley 8/2021 no resuelve de forma clara esta cuestión.

Nosotros entendemos que el testador estará facultado para decidir libremente a qué hijo en situación de discapacidad designa como fiduciario, siempre y cuando, dicha decisión no vaya en perjuicio del resto de hijos que también se encuentren en dicha situación. Es decir, en otras palabras, los hijos en situación de discapacidad que no hayan sido instituidos como fiduciarios, tampoco podrán jamás ostentar la condición de fideicomisario en la sustitución fideicomisaria del artículo 808 C.C., por lo que se llega a la conclusión de que, o son fiduciarios, o no pueden formar parte de la dicha sustitución fideicomisaria.

En conclusión, nosotros pensamos que constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta es una facultad del causante cuando tiene hijos en situación de discapacidad, y por tanto, puede utilizarla o no, libremente; igualmente puede utilizarla, libremente, a favor de todos, de algunos o de uno de ellos. Lo que no puede el causante es nombrar fideicomisario a ninguno de sus hijos en situación de discapacidad; estos o son fiduciarios o no pueden formar parte de la sustitución fideicomisaria regulada en la Ley 8/2021.

6.- La actuación de la persona con discapacidad que sea fiduciario debe contar con la medida de apoyo (voluntaria, guardador de hecho, curador o defensor judicial) establecida; a

diferencia de las actuaciones de la persona incapacitada sometidas a la regulación de la ley 41/2003, en las que muchas veces tenía que actuar el tutor, tal como hemos explicado con anterioridad. Por ello, en cuanto a los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad fiduciario, como criterio prioritario debemos estar a lo que haya dispuesto el testador al respecto, y también remitirnos a lo dicho respecto a la persona incapacitada, conforme a la ley 41/2003, con la peculiaridad de que las actuaciones que antes realizaba el tutor, ahora deben ser realizadas por la persona con discapacidad con la medida de apoyo correspondiente.

7.- Hay que destacar que tras la reforma de la Ley 8/2021, el artículo 808.4 C.C menciona, por primera vez, el fideicomiso de residuo.

Bajo la normativa de la Ley 41/2003 había discrepancia doctrinal sobre la posibilidad de que el fideicomiso establecido por el fideicomitente pudiese ser de residuo, aunque, como expusimos anteriormente, nuestra opinión era contraria a dicha posibilidad.

Por el contrario, conforme a la Ley 8/2021, es el propio legislador en el artículo 808.4 del C.C. el que establece que el fideicomiso sea de residuo, salvo disposición contraria del testador; es decir, establece una presunción iuris tantum a favor del fideicomiso de residuo.

En el nuevo artículo 808.4 C.C., se debe entender que el legislador ha optado por el fideicomiso de residuo si aliquid supererit (si queda algo): “el hijo beneficiado” no podrá disponer “ni a título gratuito ni por acto mortis causa”, pero si podrá disponer a título oneroso.

En el supuesto de que el fiduciario hubiese recibido como herencia, el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su parte

del tercio de legítima estricta, todo ello en propiedad, y la parte de legítima estricta de los demás legitimarios, como fiduciario de residuo, en la modalidad si aliquid supererit, y dispusiese, aunque fuese a título oneroso, de toda la herencia, ello supondría la desheredación de facto de sus colegitimarios; y sería una causa de desheredación de facto no recogida expresamente por la ley; y el artículo 848 del Código civil dice claramente que "la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley". No habría una desheredación formal por parte del testador, pero a efectos prácticos se llegaría al mismo resultado. Ello podría posibilitar una impugnación por parte de los colegitimarios afectados, los fideicomisarios.

8.- Vamos a referirnos, a continuación, al fideicomisario. Ya vimos que el fiduciario no será un incapacitado judicialmente, sino una persona con discapacidad; concretamente un hijo con discapacidad. Por su parte, los fideicomisarios serán los colegitimarios (sin discapacidad) de ese hijo con discapacidad, quienes recibirán una legítima aplazada en el tiempo, en el supuesto de que el testador haya dispuesto que el fideicomiso no sea de residuo; o lo que pudiera quedar de los bienes hereditarios en el caso de que se tratase de un fideicomiso de residuo, pudiendo llegar a constituir una desheredación de facto si dicho fideicomiso fuese de la modalidad si aliquid supererit.

Del texto del artículo 808.4 C.C. (… el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad) parece claro que no podrá ser fideicomisario otro hijo con discapacidad.

Por tanto, fideicomisarios pueden ser los colegitimarios sin discapacidad, sobre cuya legítima estricta, total o parcialmente,

recae la sustitución. No puede ser fideicomisario un legitimario con discapacidad; éste o es fiduciario, o si no lo es, recibe, al menos, su legítima estricta de forma directa, sin gravamen, condición o término alguno.

9.- Hay que destacar como novedad que el nuevo artículo 808 C.C. se refiere expresamente a la posibilidad de que el fideicomisario impugne el gravamen impuesto por el testador. Dicha cuestión aparece reflejada en el párrafo quinto del citado artículo 808, que, como ya conocemos, dispone que "cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique". ¿A qué se está refiriendo el legislador cuando dice "que no concurre causa que la justifique"?; ¿puede que se refiera a la necesidad del fiduciario por carecer de recursos económicos para llevar una vida normal?. Se puede pensar que el legislador insinúa como causa esa situación de necesidad, pero no lo dice expresamente.

En nuestra opinión, es razonable pensar que puede resultar excesivo gravar a los colegitimarios con un fideicomiso de residuo que permita al fiduciario enajenar los bienes (aunque sólo sea a título oneroso) cuando no tenga necesidad de ello, por tener, por ejemplo, un patrimonio independiente propio, o por tener un trabajo bien remunerado, o por ser beneficiario de prestaciones públicas o de seguros o planes de pensiones. En todos esos supuestos se podría defender la posibilidad de impugnación por parte de los fideicomisarios.

En todo caso, la redacción dada por el legislador al párrafo quinto del artículo 808 puede ser origen de una gran litigiosidad, por

las abiertas posibilidades de impugnación que permite a los colegitimarios que vean gravada su legítima estricta.

Pensamos que, para evitar esos posibles litigios futuros, el legislador debería haber concretado más la causa justificadora de la impugnación por parte del hijo colegitimario gravado con un fideicomiso de residuo.

10.- La sustitución fideicomisaria regulada en el nuevo artículo 808.4 C.C., ¿debe recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede recaer sólo sobre parte de dicho tercio?

En cuanto al objeto del fideicomiso, el nuevo artículo 808.4 del C.C. sólo dispone que "…el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad"; no especifica si puede recaer sobre todo el tercio o sólo sobre una parte del tercio de la legítima estricta de dichos legitimarios.

Nosotros pensamos igual que respecto del fideicomiso regulado en la Ley 41/2003. Si el testador establece una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, deberá gravar por igual a todos los colegitimarios sin discapacidad, siempre en el porcentaje que él haya determinado, porcentaje que no tiene por qué ser el cien por cien de dicho tercio, sino que depende única y exclusivamente de su voluntad. Parece razonable pensar que la única razón del testador para constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta sea para beneficiar al hijo con discapacidad, pero ello no puede servir de medio para perjudicar a unos colegitimarios sin discapacidad, respecto de otros colegitimarios en la misma situación; lo coherente es que todos los fideicomisarios se vean afectados por la sustitución en la misma proporción y de la misma forma.

11.- La sustitución fideicomisaria regulada en el nuevo artículo 808.4, ¿puede recaer sobre la legítima estricta de la persona en situación de discapacidad fiduciaria?

Obviamente, para responder a esta pregunta tenemos que partir del texto del citado artículo 808.4 del C.C. que, como sabemos, dispone que "cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad".

En este caso, parece que el legislador ha resuelto la cuestión planteada, ha sido más preciso que el legislador de la Ley 41/2003 (el anterior art. 808.3 sólo decía que "…el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, …", sin precisar si se refería a todo el tercio de legítima estricta, o sólo a la parte de los coherederos forzosos), ya que expresamente dice que el testador podrá disponer en favor del legitimario en situación de discapacidad "de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad"; luego, obviamente, la parte de legítima estricta del legitimario o legitimarios en situación de discapacidad no podrá ser gravada con la sustitución fideicomisaria de la que trata el citado artículo. Aquí, el legislador ha precisado que la sustitución fideicomisaria sólo recaerá sobre "la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad". En consecuencia, queda expresamente claro que el hijo fiduciario recibirá su parte de legítima estricta libre de sustitución fideicomisaria y de cualquier otra carga[585], y, en consecuencia, podrá quedar para sus propios herederos.

[585] Aparte de por lo dispuesto en el artículo 808.4 C.C., por lo que establece el actual artículo 813.2, en el sentido de que el testador "tampoco podrá imponer

12.- ¿Sin dejar a la persona con discapacidad el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta, se le podía nombrar fiduciario en el fideicomiso que gravase la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad?

Como hemos visto en la conclusión anterior, el legislador de 2021 ha resuelto, en sentido negativo, la cuestión sobre si el fideicomiso podría recaer sobre la parte de legítima estricta del hijo en situación de discapacidad. Dicho gravamen sólo podrá recaer sobre "la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad", según aclara el nuevo artículo 808.4 del C.C.

Por el contrario, la Ley 8/2021 no aporta una solución clara a la cuestión ahora tratada de si para nombrar fiduciario al hijo en situación de discapacidad en la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad, es necesario dejarle también los tercios de libre disposición y de mejora.

El legislador de 2021 ha mantenido –con algunos cambios- el gravamen sobre la legítima estricta que instauró por primera vez la Ley 41/2003, lo que suponía alterar el principio histórico y legalmente asentado de la intangibilidad cualitativa de la legítima. Como ya dijimos respecto de la reforma introducida por la Ley 41/2003, parece de sentido común que mantener una reforma de tal calado e importancia sea para que el hijo en situación de discapacidad pueda recibir más de lo que podía recibir antes de la reforma introducida por la citada Ley 41/2003. Lo que no sucedería si los tercios de mejora y de libre disposición no se le atribuyesen; es decir, si el testador pudiera constituir la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios sin

---

sobre ella - la legítima- gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808".

discapacidad pero atribuyese los citados tercios de mejora y libre disposición a otras personas, aunque fuesen otros legitimarios.

En conclusión, nosotros pensamos que, lo más coherente para nombrar fiduciario a un hijo en situación de discapacidad en el fideicomiso que grave la legítima estricta de sus colegitimarios sin discapacidad, es dejar a aquel el tercio libre y el de mejora, además de su legítima corta.

13.- Con algún sector doctrinal, se puede pensar que el legislador no ha conseguido implantar con la debida corrección los principios de la C.D.P.D. en la reforma que la Ley 8/2021 introduce en los artículos del C.C. referentes al derecho sucesorio; esta idea se puede predicar especialmente de la reforma de la sustitución fideicomisaria, pues son varias las restricciones que presenta la figura para considerar a la persona con discapacidad en una situación de pleno ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con otras personas que no se encuentren en dicha situación.

IV Indignidad

En relación a las reformas que las Leyes 41/2003 y 8/2021 introducen en la regulación de la indignidad en el Código civil, concretamente en el párrafo tercero del ordinal 2º y en el ordinal 7º del artículo 756, podemos llegar a una serie de conclusiones que exponemos a continuación.

1.- La causa de indignidad recogida en el artículo 756.2, párrafo tercero, también es causa de desheredación de los ascendientes, descendientes y cónyuge de una persona con discapacidad, ya que ésta puede privar de la legítima a quien hubiese sido removido por sentencia firme del ejercicio de la

curatela, dada la remisión que hacen los artículos 852 y siguientes del Código civil.

Para que sea posible la declaración de indignidad o para que sea justa la desheredación es necesaria una sentencia firme que remueva al curador de su cargo en base a los motivos recogidos en el artículo 278 del Código civil.

2.- Nos parece razonable y plausible que el Código civil establezca la declaración de indignidad o la desheredación del curador de una persona con discapacidad que ha sido removido de la curatela por incumplir los deberes de asistencia y protección de la persona que tiene a su cargo

3.- Debemos destacar quiénes podrían ser declarados indignos o ser desheredados, por haber sido removidos del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad; a saber, podrían ser los padres que fuesen curadores de sus hijos, los hijos que fueran curadores de sus padres o el cónyuge curador del otro cónyuge. Sin embargo, el resto de curadores que no fuesen legitimarios y fueran removidos de su cargo, sólo podrían ser declarados indignos, ya que, obviamente, al no tener derecho a legítima no pueden ser desheredados.

4.- Se puede considerar que varios de los problemas que plantea la causa de indignidad recogida en el ordinal 7º del artículo 756, derivan de la falta de armonización entre lo que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 declara y lo que el propio precepto dice, o podría derivar de su ubicación en el Código civil, tal como exponemos en el capítulo correspondiente.

5.- Una cuestión muy importante que se plantea es determinar si el artículo 756.7º se aplica sólo a la sucesión intestada, dada la

referencia a la misma que hace la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, o si también se aplica a la sucesión testada.

En nuestra opinión, el citado artículo se aplica tanto a la sucesión intestada como a la sucesión testada, en base a los variados argumentos expuestos en el capítulo dedicado a esta materia.

6.- En cuanto al ámbito de aplicación personal del art. 756.7º del C.C., es decir, en cuanto a los sujetos intervinientes, tenemos que decir que el causante debe ser una persona con discapacidad. Como ya sabemos, según la Disposición Adicional Cuarta del Código civil (tras su nueva redacción por la Ley 8/2021), a los efectos del citado artículo 756.7º, tendrá la consideración de personas con discapacidad la persona que presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o, también, la persona que presente dependencia de grado II o dependencia de grado III, de acuerdo con la Ley 39/2006.

En cuanto a quiénes pueden ser indignos, el artículo 756.7 del C.C. se refiere a “las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado (a la persona con discapacidad) las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”. En nuestra opinión, parece razonable entender que pueden ser indignas todas “las personas con derecho a la herencia”, sean herederos abintestato o sean herederos o legatarios testamentarios, y sean legitimarios o no, pero siempre que las mismas personas hayan tenido conocimiento de la obligación que les incumbía de prestar “las atenciones debidas” a su causante persona con discapacidad y, a sabiendas de ello, no la hayan cumplido (es posible el caso de una persona, que sin tener

derecho legal a la herencia ni previa obligación de alimentos, sea llamada a heredar en testamento, y a la que ni el testador ni nadie le haya comunicado tal nombramiento).

Por último, respecto a quiénes pueden interponer la acción para que se declare la indignidad, serán los que tendrían derecho a le herencia en lugar del indigno.

7.- Respecto a qué son “las atenciones debidas”, el propio artículo 756.7º dice que hay que entender “por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil”. En consecuencia, su contenido será, en todos los casos, el de los alimentos legales entre parientes en sentido amplio o alimentos civiles (art. 142 C.C.) y su cuantía será proporcionada al caudal o medios de quien los da (el posible indigno) y a las necesidades de quien los recibe (el futuro causante discapacitado), según el art. 146 del C.C.

8.- Hay que valorar favorablemente el intento del legislador de mejorar la situación de las personas con discapacidad a través de la incorporación al artículo 756 C.C. de la nueva causa de indignidad del número séptimo. Si a las personas llamadas a suceder a una persona con discapacidad no les mueven los buenos sentimientos y el cariño y afecto que debe emanar del parentesco o de las relaciones de familia, que al menos les mueva el interés de no quedar privados de su herencia.

9.- Desde el punto de vista de técnica jurídica, la reforma es bastante mejorable, ya que el legislador debería haberse expresado de forma más precisa en cuanto a la delimitación de qué personas pueden llegar a ser indignas y a qué debe entenderse por atenciones debidas, es decir, cual es la conducta previa obligada, cuyo incumplimiento conlleva la indignidad; también debería haber procurado mayor armonía entre lo declarado en el apartado VII de

la exposición de motivos de la Ley 41/2003 y lo expresado en el propio artículo 756.7º, dejando claro que el citado precepto es aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada.

10.- Hay que plantearse si la negativa a los alimentos debidos no debería ser motivo de indignidad en cualquier caso y no sólo cuando se trate de un alimentista que sea persona con discapacidad, tal como expresa el art. 756.7º.

11.- Otra cuestión que se puede plantear es si el legislador debería haber extendido expresamente "las atenciones debidas" –además de a la reguladas en los artículos 142 y 146 C.C.- a unas prestaciones inmateriales como cuidados, cariño, convivencia, afecto, en definitiva, a todo cuanto supone "ocuparse del discapacitado", especialmente en los supuestos en que éste tuviese bienes materiales suficientes para su vida ordinaria, pero sufriese carencias afectivas.

12.- Como ya mencionamos, tras la Ley 8/2021 el texto del ordinal 7º del artículo 756 C.C. no se ha reformado, pero sí su ámbito de aplicación ya que el concepto de persona con discapacidad al que se refiere es el recogido en el nuevo párrafo primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil.

Se trata de una modificación limitada, poco ambiciosa, ya que el legislador podría haber realizado una reforma de mayor calado, ampliar la protección de la persona con discapacidad y solucionar los problemas de interpretación de la norma, puestos de manifiesto por la doctrina desde su incorporación al Código civil en 2003.

V Colación

En relación a la reforma que la Ley 41/2003 introdujo en la regulación de la colación en el Código civil, concretamente en el artículo 1041, posteriormente modificado en sus dos párrafos por la Ley 8/2021, podemos llegar a una serie de conclusiones que exponemos a continuación.

1.- Previamente, tenemos que poner de manifiesto que la colación es una operación meramente particional, que no pretende la determinación, ni la protección de las legítimas, sino que, al contrario, parte en su regulación de que éstas ya están fijadas y cubiertas, razón por la que no puede confundirse con la colación en sentido no técnico regulada en los artículos 813 a 818 del C.C., que tiene precisamente tal finalidad.

La colación tendrá lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada.

En la sucesión intestada, obviamente, los legitimarios concurrentes lo harán por partes iguales (por cabeza), salvo en el caso del derecho de representación, en el que se heredará por estirpes. En cambio, en la sucesión testada, los legitimarios pueden haber sido instituidos en parte desiguales, bien por haberse hecho uso del tercio de mejora (distribuido entre dos o más, y a su vez, de forma desigual) o, conjuntamente, del tercio de mejora y del tercio de libre disposición.

2.- Como es sabido, el párrafo primero del artículo 1041 C.C. establece que “no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre”.

La exención de la obligación de someter a colación estos gastos se debe a que no se da el presupuesto necesario para que

la colación sea necesaria: tratarse de actos realizados por el causante con ánimo de liberalidad. Tratándose de gastos de alimentos, éstos suponen el cumplimiento de deberes legales derivados, bien de la filiación, bien de la situación de necesidad unida al parentesco; y tratándose de los regalos de costumbre, estamos ante el cumplimiento de deberes sociales.

Los sujetos exentos de colacionar lo recibido en concepto de alimentos serán los ascendientes y los descendientes, que son los únicos que pueden reunir la triple condición de ser legitimarios, herederos y alimentistas. Como el artículo 1041.1 CC no distingue al respecto, ni el ascendiente deberá colacionar en la herencia de sus descendientes, lo recibido de éste en concepto de alimentos, ni el descendiente deberá colacionar en la herencia de su ascendiente, lo recibido en concepto de alimentos.

3.- El párrafo segundo del artículo 1041 C.C. dispone que “tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad”.

A diferencia de la estructura del párrafo primero del articulo 1041 C.C., en este segundo párrafo, el legislador individualiza los sujetos que llevan a cabo los desembolsos, así como a favor de quien se realizan y el por qué de tal actividad; en cambio no sigue el mismo sistema en relación con los gastos que cubren, aunque sí indican su finalidad: cubrir necesidades especiales. Bajo esta denominación pueden quedar cubiertas todas las necesidades que vengan exigidas por la situación discapacidad de un hijo o descendiente.

En cuanto a su ámbito personal de aplicación, el artículo 1041.2 C.C. sólo beneficia a los hijos y descendientes en situación de discapacidad, olvidando que también otros legitimarios pueden estar en dicha situación y, por tanto, tener esas mismas dificultades especiales para satisfacer sus necesidades normales. Es criticable la limitación de dicho beneficio sólo a los hijos y descendientes en situación de discapacidad.

En todo caso, sea cual sea el motivo de la opción tomada por el legislador y la consideración que nos merezca, lo cierto es que el legislador sólo exonera de colación a “los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad”, y a ello hay que estar.

En el supuesto del artículo 1041.2 CC., se requiere que la persona presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%; o que se trate de una persona en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo con la Ley 39/2006.

4.- En relación al párrafo segundo del artículo 1041 C.C., se puede plantear el siguiente supuesto: si el gasto lo hace el abuelo a favor de su hijo discapacitado y los nietos son quienes son llamados a la herencia del abuelo por derecho de representación concurriendo con sus tíos o primos, ¿deberían los nietos colacionar? La respuesta acertada parece que es la negativa: los nietos no tienen que colacionar. La exclusión de la obligación de colacionar, que opera en relación al discapacitado destinatario de tales gastos cuando sea legitimario, también debe alcanzar al descendiente del discapacitado que acceda a la condición de legitimario en representación de éste; si el padre discapacitado no

estaba obligado a colacionar por razón de tales gastos, tampoco lo estará quien, en representación de él, suceda al abuelo (art 1038).

5.- Hay discrepancia en la doctrina sobre si el contenido del párrafo segundo del artículo 1041 del Código civil puede entenderse incluido en lo que ya establecía con anterioridad el párrafo primero del citado artículo. Sea ello como fuere, lo cierto es que tras la introducción del párrafo segundo, queda claro que los hijos o descendientes discapacitados no tendrán que someter a colación en la sucesión de sus padres o ascendientes, los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, y aprendizaje; ni tampoco cualquier gasto especial que sea necesario por su discapacidad, como por ejemplo, la compra de un vehículo adaptado especialmente para sus necesidades o cosas similares.

6.- En nuestra opinión, el razonamiento puede llevarse más lejos todavía; siguiendo la postura defendida por cierto sector doctrinal –más arriba expuesta- de que los gastos del párrafo segundo del artículo 1041, han de recibir el mismo tratamiento que los del párrafo primero, en el sentido de que “no sólo se entiendan exentos de colación, propiamente dicha, sino que además no se estimen computables para el cálculo de las legítimas”, todos los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad, no sólo no estarán sujetos a colación, sino que, además, tampoco serán computables para el cálculo de las legítimas.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, Propuesta articulada de reforma del código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, 2012. https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL-PropuestaModificaciónCCLEC.pdf

- ALBALADEJO GARCÍA, M., "A vueltas con la sustitución fideicomisaria que grava a favor de un descendiente incapacitado. La legítima estricta de los demás", *Anales Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* nº 37, Madrid, 2007.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., "El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes", *Anales Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* nº 35, Madrid, 2005.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículo 756" C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 1, Artículos 744 a 773, Dirigidos por M. Albaladejo García, Ed. EDERSA, 1987, págs. 198 y 199.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 781 a 784", C*omentarios al Código civil y Compilaciones forales,* tomo X, volumen 2, Artículos 774 a 805, Dirigidos por M. Albaladejo García, Ed. EDERSA, 1984, págs. 142 y ss.

- ALONSO PÉREZ, M., "La colación de las donaciones remuneratorias" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1967, págs. 1017 y ss.

- ÁLVAREZ LATA, N., y SEOANE, J.A., "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Derecho Privado y Constitución,* núm. 24, 2010, págs. 11 a 66, esp. pág. 23.

- ASIS, R. de; "*La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* como marco de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución española", en PÉREZ BUENO, L. C. y LORENZO, R. de, (Dirs.) *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia,* Cinca, Madrid, págs. 129 a 148, esp. pág. 144.

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de código civil,* Ed. Tecnos, Madrid, 2018.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador)**,** *Derecho de Sucesiones,* Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Aranzadi Civil,* nº 16, enero 2004, págs. 11 y ss.

- BOTELLO HERMOSA, P. I., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003*. *Inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- BOTELLO HERMOSA, P. I., "Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español", A*nuario de Derecho civil,* tomo LXXI, 2018, fasc. II, págs. 339 a 393.

- CABEZUELO ARENAS, A. L., "Breve reflexión sobre la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, vol. I,* Coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 602.

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La protección patrimonial del discapacitado a través del derecho sucesorio. Ley 41/2003, de 18 de noviembre", Boletín Electrónico Sepín Editorial Jurídica, junio 2007, y elitte base de datos SP/DOCT/3275**.**

- CARRASCO PERERA, ANGEL, “Acoso y derribo de la legítima hereditaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi,* Año XIII, Nº 580, 5-junio-2003, pág. 3.

- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J.L., *El artículo 12 de la Convención de Derechos de personas con discapacidad,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019, esp. págs. 18,151…

- CLEMENTE MEORO, M., “Los derechos de uso y habitación”, Derechos *Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinadores: López López, A. y Montés Penadés, V., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994, págs. 500 y ss.

- COBACHO GÓMEZ, J.A., “La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado”, *La familia en el Derecho de sucesiones; cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* coordinador: Rebolledo Varela, A.L., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 376.

- CORDERO CUTILLAS, I., “Discapacidad e incapacitación judicial en el Derecho Civil: ¿Conceptos sinónimos?”, *Estudios Financieros,* números 55-56, año 2005, págs. 7 y ss.

- CORDERO LOBATO, E., “Tema II, La Delación”, *Derecho de Sucesiones,* coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 72.

- COSTA RODAL, L., “Tema VII. Las sustituciones”, *Derecho de Sucesiones,* coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, págs. 331 a 390.

- CUENCA GÓMEZ”, P.,” El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, REDUR, núm.10, 2012, págs. 61 a 94, esp. pág. 73.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., ‘‘Aspectos controvertidos del legado de derecho de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones,* directores:

Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M.P.*, Ed.* La Ley - Wolters Kluwer*, 2015*.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C**.,** "Treinta y ocho. El artículo 782 se redacta conforme se indica a continuación", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C*., Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* 2021.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C**.,** "Treinta y nueve. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C*., Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* 2021.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C**.,** ‘‘Cuarenta. Se da nueva redacción al párrafo 2.º del artículo 813, según se indica", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C*., Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* 2021.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C**.,** ‘‘Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC.", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C*., Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* 2021.

- DE LOS MOZOS, J.L., *La colación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, págs. 78 a 80.

- DÍAZ ALABART, S., "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)", *Aranzadi Civil* 2006, volumen I, primera edición (Tomo XV), págs. 2099 y ss.

- DÍAZ ALABART, S.,"La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18

de noviembre)", *Revista de Derecho Privado,* Mayo-Junio 2004, págs. 259 y ss.

- DÍAZ ALABART, S., "Principios de protección jurídica del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios, 2 y 3 de diciembre de 2004, coordinador: Bello Janeiro, D., edita Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, págs. 93 y ss.

- DÍAZ ALABART, S., "La protección económica de los discapacitado a través del Derecho de Sucesiones", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: Pérez de Vargas Muñoz, J., Editorial La Ley, 2011.

- DÍAZ PARDO, G., "El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 509 y ss.

- DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1.989.

- DÌEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1.990, (4ª reimpresión, 1.995).

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed. Tecnos, Madrid, 11ª edición, 2.012.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, tomo 2, Ed. Tecnos, Madrid, 12ª edición, 2.017.

- DONADO VARA, ARACELI; "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", E*studios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez,* Volumen I, coordinadoras: Alventosa del Rio, J. y Moliner Navarro, R, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2.008, págs. 365 y ss.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (a propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)”, A*nuario de Derecho Civil,* tomo XLV, Fasc. I, enero-marzo 1992, págs. 392 y ss.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 166.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras le reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado,* 53, enero-marzo 2005, págs. 113 y ss.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Artículo 808”, *Código civil comentado*, Volumen II, directores: Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández, Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Donaciones *mortis causa.* Posibilidades actuales en el Código Civil y propuestas de reforma”, *Derecho de sucesiones*. *Presente y futuro***.** XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil", Santander, 9 a 11 de febrero de 2.006, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.006, págs. 241 y ss.

- FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. J**.** “El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho civil Vasco”, Academia *Vasca de Derecho, Boletín JADO. Bilbao. Año XIV. Nº 27. Enero-diciembre 20152016*, págs. 475-498.

- FLORES RODRÍGUEZ, J., “El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, *RJN,* abril-junio 2005, págs. 43 y ss.

- FUENTESECA DEGENEFE, C., “Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con

esta finalidad", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo I, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 1.743 y ss.

- FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano,* Madrid, 1978, pág. 544.

- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., La *legítima en el Código Civil,* 2ª edición, *Colegios* Notariales de España, Madrid, 2.006.

- GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2.006,* Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2.008.

- GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *Anuario de Derecho Civil,* 1995, págs. 1107 y ss.

- GARCÍA-RIPOL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria,* Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

- GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* número 687, enero-febrero 2.005.

- GÓMEZ GÁLLIGO, J., "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios, 2 y 3 de diciembre de 2004, coordinador: Bello Janeiro, D., edita Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005.

- GONZALEZ ACEBES, B., "Una nueva causa de indignidad sucesoria", *Estudios de Derecho civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García,* Valladolid, 2005.

- GONZALEZ PORRAS, J. M., "Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas", *Personalidad y*

capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba, coordinadores. Casado Raigón y Gallego Domínguez, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

- HERNÁNDEZ GIL, F., *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos,* Revista de Derecho Privado, 1961, pág. 468.

- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", *Revista de Derecho UNED (RDUNED)* Núm. 1, 2006, págs. 171 a 198.

- HERRERO OVIEDO, M., "Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado", *La protección jurídica del incapacitado, II Congreso Regional,* coordinador: Serrano García, I., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 289.

- IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,* editorial Ariel, Barcelona, 1972, pág. 628.

- IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones, editorial* Ariel, Barcelona, 1979, págs. 628 y 629.

- JORDANO FRAGA, F., *Indignidad sucesoria y desheredación (algunos aspectos conflictivos de su reciproca interrelación),* Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 1 y ss.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. /SANCHO REBULLIDA, F. de A. y otros, *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones,* Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

- LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones,* Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 57 y 58.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.004.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 3ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.003.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 4ª edición, Ed. Marcial Pons Madrid, 2.005, págs. 164 y 172.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.013.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 11ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.016.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo séptimo, 14ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.019.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, *Introducción al Derecho*, 24ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2.019, págs. 125 y 126.

- LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003", *Discapacitado, patrimonio separado y legítima,* Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.006, pág. 205.

- LINACERO DE LA FUENTE, M., "Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley 41/2003, de 18 de noviembre", s*epínNet revista, persona y familia,* nº 35, Familia, julio-agosto2004, págs. 14 y ss.

- LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio.* Ed. Dykinson, Madrid, 2020.

- LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., "Determinación del caudal computable", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* López y López, A. M., Montés Penadés, V., Roca i Trias, E. y otros, coordinador: Capilla Roncero, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 357.

- MARÍN LÁZARO, R., "La colación hereditaria", R*evista de Derecho Privado,* número 1, octubre 1944, págs. 5 y 6.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (Art. 1.041, p. 2, CC)", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Vol. II,* Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "La causa de indignidad para suceder del artículo. 756.7 del Código civil", *Estudio de Derecho de Sucesiones, Liber* Amicorm Teodora F. Torres García, directores: Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M. P., Ed. La Ley - Wolters Kluwer, 2014.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Tema V, Partición y colación", *Derecho de Sucesiones,* coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Sucesión intestada, atribuciones <ex lege> y protección de las personas con discapacidad", *Derechos de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020.

- MENA-BERNAL ESCOBAR, Mª. J., *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., "La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005, M*adrid, 2006, págs. 673 y ss.

- MONTÉS PENADÉS, V., "La sustitución fideicomisaria", *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* López y López, A. M., Montés Penadés, V., Roca i Trias, E. y otros, coordinador: Capilla Roncero, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 190.

- MONTÉS PENADÉS, V., “La colación”, *Derecho civil. Derecho de sucesiones,* López y López, A. M., Montés Penadés, V., Roca i Trias, E. y otros, coordinador: Capilla Roncero, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, págs. 624 y 625.

- MORENO FLOREZ, R. M., “La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado”, en E*studios de Derecho de Sucesiones, Liber amicorum, T. F. Torres García,* coordinadores: Domínguez Luelmo, A., García Rubio, M. P., Herrero Oviedo, M., Editorial La Ley, Madrid, 2014.

- MORETÓN SANZ, Mª. F., “Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, “Discapacidad y minusvalía: su concepto, clases y reconocimiento”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 687, enero-febrero 2.005, págs. 61 y ss

- MUÑIZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2.004, págs. 3.429 y ss.

- NANCLARES VALLE, J., “La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada”, *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado.*, coordinador: Muñoz Fernández, Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

- NOGUERA NEBOT, T., "El legado de Derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil”, *Revista de Derecho UNED (RDUNED),* Núm. 1, 2006, págs. 471 a 488.

- NOGUERA NEBOT, T., “La Ley 41/2.003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria”. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005,* Coeditores:

IDADFE- UNED- EL DERECHO EDITORES, Madrid, 2006, págs. 679 a 686.

- NOGUERA NEBOT, T., " Hogar familiar: atribución de un derecho de habitación a un legitimario persona con discapacidad", *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales* (*Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional "La Protección de las Personas Mayores", Córdoba 7-9 octubre 2009*), Edita IDADFE (CD-ROM), Madrid, 2009, págs. 1 a 18.

- NOGUERA NEBOT, T., "Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm.779, mayo-junio- 2020, págs. 1822 a 1836.

- NÚÑEZ NÚÑEZ, M.," Algunas reflexiones –negativas-al gravamen sobre la legítima corta después de la ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 673 y ss.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, T.V, Derecho de Sucesiones,* Dijusa, Madrid, 2007, pág. 161.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario del Código civil,* coordinador: Sierra Gil de la Cuesta, I., Ed. Boch, Barcelona, 2000.

- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, CERMI,* Madrid, 2008, págs. 418 y ss)

- PEREÑA VICENTE, M., "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", Diario La Ley, nº 5957, 18 de febrero de 2004, pág. 2.

- PEREÑA VICENTE, M., A*sistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil,* Ed. Dykinson, Madrid, 2006, págs. 121,122 y 135.

- PEREÑA VICENTE, M., “La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿Piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 685 y ss.

- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención internacional sobre los derechos de la personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista de Derecho Privado y Constitución,* 2009, págs. 335 a 368, esp.336.

- PÉREZ GIMÉNEZ. M.T., “Los *sujetos* de la colación”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2.004, págs. 3792 y ss.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7º del Código Civil”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios, 2 y 3 de diciembre de 2004, coordinador: Bello Janeiro, D., edita Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, págs. 227 y ss.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 371 y ss.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “La indignidad sucesoria y la protección de los discapacitados”, *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales* (*Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional “La Protección de las Personas Mayores”, Córdoba 7-9 octubre 2009*), Edita IDADFE (CD-ROM), Madrid, 2009, págs. 1 a 15.

- PLANAS BALLVÉ, M., “La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil, vol. IX, núm.3 (julio-septiembre, 2022) Estudios, págs. 429-444.*

- POUS DE LA FLOR, Mª. P., « Reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y el sistema de legítima", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005,* Madrid, 2006, págs. 687 y ss.

- PUIG FERRIOL, L., "Protección del discapacitado: aspectos sucesorios", *Protección jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad,* Xornadas e Seminarios**, (**Escola Galega de Administración Pública**),** Santiago de Compostela, 2.005.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 4.017 y ss.

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta", *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol, vol II,* Coordinadores Joan Manel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llarí, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Artículo 808", *Comentarios al Código Civil,* Tomo IV, Director: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Artículo 822", *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, Director: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- REPRESA POLO, M.ª P.**,** ‘‘Cuarenta y tres. Se redacta el artículo 1041 con el siguiente tenor", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* directora: Guilarte Martín-Calero, C.*, Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* Cizur Menor (Navarra), 2021.

- REPRESA POLO, M.ª P.**,**_‘‘ Treinta y seis. Se da nueva redacción al párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º ddel artículo 756, que quedan redactados así", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en*

materia de discapacidad, directora: Guilarte Martín-Calero, C.*, Ed.* Thomson Reuter Aranzadi*,* Cizur Menor (Navarra), 2021.

- REVERTE NAVARRO, A., "Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, Coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 4.133 y ss.

- RIPOL SOLER, A., "La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.c.: Fideicomiso de residuo", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, nº 114, 2005.

- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones. Común y Foral.* Tomo II, 4ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

- RIVERA ÁLVAREZ, J. Mª., "La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, coordinadores: González Porras, J.M. y Méndez González, F. P., Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.004, págs. 4.185 y ss.

- ROCA SASTRE, R.M., "El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", *Estudios sobre sucesiones,* tomo II, Instituto de España, Madrid, 1981, págs. 73 y ss.

- RUIZ JIMÉNEZ, J.: "Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Madrid 27-29 junio 2005, M*adrid, 2006, págs. 231 y ss.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, nº 4, 2ª quincena de febrero de 2004, págs. 357 y ss.

- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., “Reflexión acerca una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, ALCAÍN MARTÍNEZ, E., (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- SARMIENTO RAMOS, J., “Artículo 1.035”, C*omentario del Código Civil,* tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981.

- SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* Ed. Iustel, Madrid, 2008.

- SERRANO GARCÍA, I., “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”, *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García,* Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pág. 115.

- TORRES GARCÍA, T. F., “Discapacidad e incapacitación”, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* coordinador: Pérez de Vargas Muñoz, J., 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 437 y ss.

- TORRES GARCÍA, T. F., “La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados,* Xornadas e Seminarios, 2 y 3 de diciembre de 2004, coordinador: Bello Janeiro, D., edita Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, págs. 341 y ss.

- TORRES GARCÍA, T. F., "Legítima y legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil", Santander, 9 a 11 de febrero de 2.006, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2.006, págs. 173 y ss.

- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. T. 1. Las legítimas,* Instituto Nacional de Estudios jurídicos, 1974, pág. 654.

- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., Panorama *del Derecho de sucesiones, II, Perspectiva dinámica,* Civitas, Madrid, 1984, págs. 765 y ss.

- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "Artículo 818", C*omentario del Código civil,* tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2022.



Universidad de Huelva