

LA RENOVADA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRICTA: INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN AL HIJO CON DISCAPACIDAD

María Planas Ballvé

Profesora acreditada contratado doctor ANECA y lector AQU Catalunya
Universitat Autònoma de Barcelona
ESERP Business & Law School

TITLE: *The trustee substitution over the forced share: protection for the disabled son*

RESUMEN: La Convención de las ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 ha propiciado múltiples reformas del Derecho Civil, en particular la Ley 8/2021. Entre las modificaciones introducidas se prevé, para favorecer al legitimario con vulnerabilidad, la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del hijo con discapacidad, que se presumirá que a falta de previsión expresa del causante es una sustitución de residuo.

ABSTRACT: *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006 has led to a reform of Civil Law whose result is Law 8/2021. Among the modifications introduced, it is foreseen, to favor the vulnerable heir, the possibility of establishing a trustee substitution in the strict legitimate in favor of the disabled son, which will be presumed that, in the absence of express provision by the deceased, it is a substitution of residual.*

PALABRAS CLAVE: legítima, sustitución fideicomisaria, discapacidad, sustitución de residuo.

KEY WORDS: *forced share, trustee substitution, disability, waste substitution.*

SUMARIO: 1. PREFACIO Y ANTECEDENTES. 1.1. *Cuestiones previas*. 1.2. *La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. 1.3. *Regulación en la Propuesta de Ley 8/2021*. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA LEGÍTIMA ESTRICTA INTRODUCIDO CON LA LEY 8/2021. 2.1. *Reducción del ámbito de personas protegidas*. 2.2. *Inclusión del fideicomiso de residuo*. 2.3. *Poder de disposición del fiduciario de residuo*. 2.4. *El fiduciario discapaz no debe conservar los bienes*. 2.5. *No se encuentra implícita la sustitución vulgar*. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. PREFACIO Y ANTECEDENTES

1.1. *Cuestiones previas*

La finalidad del presente trabajo, es el estudio de la posibilidad del causante de establecer una sustitución fideicomisaria de la legítima estricta como instrumento de protección a su hijo discapacitado que, por su condición, es más vulnerable que el resto de legitimarios, si los hubiese.

Así, la entrada en vigor en nuestro Ordenamiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006¹, ha suscitado diversas cuestiones acerca del alcance de las reglas del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la protección de la persona y los mecanismos de guarda y protección de las personas, y en su caso en qué sentido habrían de ser modificadas para adecuarse a ella, prestando atención también a la jurisprudencia².

En efecto, para ello se debe tener en cuenta el nuevo orden jurídico establecido por el legislador español con 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, que fue publicada en el BOE el 3 de junio de 2021 y entró en vigor el

¹ En adelante, la Convención. BOE nº 96, 21/04/2008. Así se declara expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 6/2019: «La presente Ley aplica la Convención». *Vid.*, GARCÍA GARNICA, M. C., «Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física, T. II*, Civitas, Pamplona, 2013, p.178, que destaca dos consecuencias: «la toma de conciencia de que la protección jurídica de las personas con discapacidad es una cuestión ligada a la dignidad de la persona y la salvaguarda de sus derechos fundamentales, que trasciende de sus derechos fundamentales». También véase a SOLÉ RESINA, J., «La esterilización no consentida de personas con discapacidad», *Actualidad Civil* (2019), Nº 5, Sección Persona y derechos / A fondo, Wolters Kluwer: «La CDPD supone la consagración de un cambio radical de prisma del tratamiento de la discapacidad que se fundamenta en la consideración de las personas discapacitadas como sujetos de derechos y no como objeto de protección. [...] La ratificación de estos tratados internacionales obliga a los estados partes a adaptar su ordenamiento jurídico interno modificando todas las normas que resulte necesario para hacer efectivos los derechos recogidos en la CDPD». *Vid.* también PETIT DE GABRIEL E. W., «Lo prometido es deuda: la Ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 60 y ss.

² De acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El tratamiento de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, p.18: «a la pregunta acerca de la compatibilidad de nuestras reglas civiles relativas a la situación jurídica del discapacitado mental o intelectual, una primera respuesta, fundada en el llamado modelo social de la discapacidad, entiende que algunos de los contenidos básicos de nuestro sistema colisionan con las previsiones de la Convención, concretamente con las de su art. 12, de forma que sería necesaria una revisión de nuestro Derecho interno para adaptarlo a las exigencias de dicha Convención». En el mismo sentido, *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista Derecho Civil*, Vol. V (2018), nº3, p. 174: «ese nuevo modelo constituye un auténtico tsunami que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación». Para VIVAS TESÓN, I., «Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad», *Pensar*, Vol. 20 (2015), 3, p. 829, la Convención supone «introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con discapacidad». *Vid.*, entre otras, STS (1ª), 146/2018, 15 marzo (RJ/2018/1090); STS (1ª), 124/2018, 7 marzo 2018 (RJ 2018/934).

pasado 3 de septiembre de 2021³ y la configuración jurídica de esta institución sucesoria.

La Convención tiene como propósito, según su art. 1º, «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad». Por un lado, la Convención insta un nuevo sistema de protección hacia las personas con discapacidades que tiende a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Como decíamos, el legislador, en consecuencia, y con una demora de quince años, ha adaptado parte del ordenamiento jurídico con la reciente Ley 8/2021. La discapacidad, a diferencia de la incapacidad⁴, no se puede considerar como una falta de capacidad de obrar, puesto que el concepto de incapacidad ya ha sido superado⁵. Es más, en la Convención se declara expresamente, en su art. 12 el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de estas personas y la necesidad de que los Estados establezcan sistemas de apoyo en aras de garantizar este reconocimiento. Este reconocimiento es esencial y constituye una condición básica para el ejercicio de cualquier derecho⁶.

Así, en nuestra Constitución, en el art. 49 se establece que «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los

³ En adelante, Ley 8/2021. BOE nº132 de 03 de junio de 2021.

⁴ Vid. TORRES GARCÍA, T. «Efectos de la incapacitación», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo II*, Civitas, Pamplona, 2013, p. 135; CORVO LÓPEZ, F. M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *RDC*, Vol. VI (2019), nº 4, p. 149 y 150.

⁵ GARCÍA GARNICA, M. C., «Discapacidad y dependencia...», p.183. También podemos destacar las palabras de CARRASCO PERERA, A, «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *Centro de Estudios de consumo*, (junio 2021), p.2: «Es conocido el trasfondo ideológico de esta Ley, que se explyea en la Exposición de Motivos, y que en último extremo se justifica en el cumplimiento de compromisos internacionales. Nadie es incapaz de obrar, y toda medida que prive a una persona física de la capacidad de ejercitar sus derechos y de operar en el tráfico como agente autónomo es una lesión de derechos fundamentales».

⁶ Destaquemos aquí la reflexión de CARRASCO PERERA, A, «Brújula...», p. 4: «Toda persona física es capaz y está capacitada para cualquier acto de la vida civil y mercantil, y ninguna persona física, sea cual fuere su edad y condición, puede ser incapacitada ni civilmente discapacitada. Han desaparecido las inscripciones registrales de incapacitación». Respecto de la Convención, PLANAS BALLVÉ, M., «Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental? (A propósito de la Ley 6/2019 de modificación del Código Civil de Cataluña)», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII (2020), núm. 5, p. 368: «Como resultado de la misma, nuestro Ordenamiento dispone de un nuevo modelo de discapacidad que debe encaminarse hacia la inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida donde la solidaridad es el sistema de apoyo del ejercicio de la capacidad natural».

disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Por lo que se reconoce constitucionalmente al colectivo de las personas con discapacidad y supone la protección de sus derechos.

Por el otro, en sede de derecho de sucesiones, se establecen en la norma tres grandes reformas: la capacidad para testar de la persona con discapacidad, la supresión de la sustitución ejemplar y la sustitución fideicomisaria en el derecho de la legítima. Aquí centraremos el estudio en esta última, por lo que debemos tomar en cuenta la sustitución fideicomisaria y el derecho a la legítima⁷.

La sustitución fideicomisaria es aquella disposición de última voluntad que ordena el testador consistente en que otra persona se coloca en el lugar del heredero. De esta forma, se asegura que su patrimonio se destine, conforme a las determinaciones de su voluntad, para los casos en los que el primer heredero nombrado no llegue a sucederle. Es una institución que tiene su origen en el derecho romano con el objetivo de evitar la sucesión intestada⁸. Concretamente, en la sustitución fideicomisaria el fiduciario adquiere la herencia, el legado, o en el caso que nos ocupa, la legítima, con el gravamen de que éstos, finalizado el plazo o cumplida la condición, hagan tránsito a otra persona, el fideicomisario, aquí el hijo discapacitado. Por tanto, se trata de un mecanismo jurídico en el que el causante ordena el destino de sus bienes de manera sucesiva: el fiduciario no los hará suyos definitivamente, sino que, pasado un tiempo esos bienes deberán entregarse a otra persona⁹.

El derecho a la legítima, por su parte, es un derecho de crédito que ostentan determinados parientes (descendientes, ascendientes y cónyuge), llamados herederos forzosos, a obtener un valor patrimonial de la herencia del causante. Conforme el art. 808 CC «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». Uno de los caracteres de este derecho de crédito es su intangibilidad, entendida como la obligación de respetar su cuantía y la prohibición de imponer gravámenes sobre ella,

⁷ MORETON SANZ, M. F., «La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (2015), n.º 8, p. 87 y ss.

⁸ BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, Editorial Labor, 1953, Barcelona, p.109 y ss; MORETON SANZ, M. F., «La sustitución pupilar...», p. 87 y ss.

⁹ Vid. GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Las sustituciones hereditarias», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 955 y ss.

aunque como veremos, precisamente en este caso se puede exceptuar mediante la institución de esta sustitución fideicomisaria.

Tal y como avanzábamos, el objeto de este trabajo es estudiar y analizar el nuevo régimen jurídico previsto en los arts. 782 y 808 CC.

1.2. *La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad*

Antes de centrar la atención en la recientemente aprobada Ley 8/2021, debemos tener en cuenta el antecedente normativo de esta institución jurídica, esto es 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 finalidad¹⁰. En efecto, la LPPD ya estableció una nueva redacción de los arts. 782 y 808 CC que, como novedad hasta el momento, permitió gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor del hijo o descendiente, en ese momento, judicialmente incapacitado (art 782 CC: «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. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes» y art 808 CC: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. 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. La tercera parte será de libre disposición»)¹¹.

En efecto, fue a partir de ese momento que en nuestro Ordenamiento jurídico se estableció una sustitución fideicomisaria excepcional con sus propias particularidades: se facultaba al testador que, en contra al principio general de intangibilidad de la

¹⁰ BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003. En adelante LPPD.

¹¹ Para CERVILLA GARZON, M. C., «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2021, p.693, tiene la «finalidad de dar mayor cobertura patrimonial al discapaz». Vid. también RANGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», Abril Campoy, J. M., Amat Lari, E., (Coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. 2., Tirant lo Blanch, 2006, p. 2015 y ss.

legítima y conforme al principio de libertad para testar, pudiera gravarla con una sustitución fideicomisaria a favor del *hijo o descendiente incapacitado*.

Así, la situación de incapacitación judicial constituía, como vemos, la *conditio iuris* para que procediera esta sustitución, con lo que si esta capacidad era recuperada (por ejemplo, porque el incapacitado se recuperaba y volvía a gozar de la plena capacidad de obrar), el fideicomiso previsto por el causante debía desaparecer y los legitimarios recuperarían el estado posesorio conforme las reglas de liquidación previstas en los arts. 452 y ss. CC.

1.3. Regulación en la Propuesta de Ley 8/2021

Como decíamos, con la Convención era preciso adaptar el Código Civil para proteger y otorgar a las personas con discapacidad (ya no incapacitadas) el pleno ejercicio de sus derechos¹².

En la Propuesta de Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹³, aunque se mantiene la *conditio iuris*, se estableció que será la «discapacidad psíquica, física o sensorial», superándose, por tanto, el concepto de incapacitación judicial como forma de limitación de la capacidad de obrar de la persona. Establecer la discapacidad como condición, es coherente con el espíritu de reforma que se ha producido como resultado de la Convención de la ONU de 2006 y supone, *a priori*, una extensión del número de personas que pueden ser beneficiarios en calidad de fiduciarios.

Se establece la propuesta de excluir a los descendientes, previéndose esta sustitución sólo para los hijos e incluyéndose otro límite: que el fideicomisario no tuviera hijos del mismo grado de dependencia que el fiduciario¹⁴.

Por el otro, como novedad, se incluye como presunción *iuris tantum* el fideicomiso de residuo para el caso que el causante no especificara la modalidad de sustitución fideicomisaria. Además, también en beneficio de la persona discapacitada, se introduce que la carga de la prueba es del fideicomisario que quisiera impugnar el gravamen.

¹² PETIT DE GABRIEL E. W., «Lo prometido es deuda: la Ley 8/2021...», p. 74.

¹³ BOCG, n.º 27-1, 17 de junio de 2020.

¹⁴ Sobre el Proyecto *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas...», p. 173 y ss.

Estas propuestas, definitivamente adoptadas en la Ley 8/2021, se tratarán con más detalle en el siguiente apartado.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA LEGÍTIMA ESTRICTA INTRODUCIDO CON LA LEY 8/2021

Como veremos, la posibilidad que se establece de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor del hijo o descendiente discapacitado constituye una limitación al principio general de nuestro sistema jurídico que establece que el derecho a la legítima es intangible, cuantitativa y cualitativamente. Así el art. 782 CC, en su párrafo primero, prevé que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima (estricta), «salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el art. 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad». Partimos, entonces del principio general consistente en que la legítima no se puede gravar a través de estas instituciones *mortis causa*.

Por su parte, el último párrafo del art. 808 declara: «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 aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*». Vemos como el principio general de intangibilidad se exceptúa cuando el hijo «se encuentre en una situación de discapacidad», respecto de la legítima estricta y que se configurará de residuo salvo disposición contraria del causante.

Como sabemos, el derecho a la legítima se configura como el derecho a obtener en la sucesión *mortis causa* del causante un valor patrimonial de determinados parientes próximos del causante (art.807 CC: «1° Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3° El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código»). Estas personas, tal y como establecen los arts. 763, 806, 807, 813 a 817, 821,825, etc., se configuran como herederos forzosos. En otras palabras, se trata de una atribución sucesoria legal a favor de personas que por la relación próxima de parentesco con el causante la ley les legitima para percibirla. Es el valor mínimo que la ley atribuye a la sucesión del causante a los descendientes, progenitores y cónyuge con carácter intangible, inembargable e irrenunciable en vida, *en principio*, con

independencia de toda necesidad vital. Constituye, por lo tanto, un límite a la libertad de testar del testador¹⁵.

El 2º párrafo del art. 813 CC establece la prohibición de «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».

Para el legislador, esta atribución legal sucesoria merece ser flexibilizada en aras de proteger a la persona con discapacidad, pudiéndose así gravar con la sustitución fideicomisaria en los términos establecidos en la norma. Debemos tener en cuenta el espíritu de la reforma de la norma introducida y sus antecedentes (la Convención y la LPPD) para comprender que, aunque la legítima es, como decíamos, en principio, intangible, podrá dejar de serlo, si el causante decide gravarla con una sustitución fideicomisaria.

Ahora bien, la modificación legislativa afecta sólo a la legítima «estricta» porque respecto el tercio de mejora y tercio libre, la situación no ha cambiado respecto a la regulación anterior.

De acuerdo con su naturaleza, por un lado, en el tercio libre, el testador puede operar como quiera (art.808, párrafo 3º, CC: «La tercera parte restante será de libre disposición.»). Por el otro, el tercio de mejora, regulado en el art. 782, párrafo segundo, CC, mantiene casi la misma regulación de la Ley 41/2003: se emplea el singular frente al plural que se venía empleando: «Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora solo podrá establecerse a favor de los descendientes...» (redacción de la Ley 8/2021), «Si recayeren (esas sustituciones) sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes» (redacción de la Ley 41/2003). Además, el art. 808 precisa que, salvo disposición contraria del testador, esa sustitución fideicomisaria lo será de residuo «a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta».

2.1. Reducción del ámbito de personas protegidas

Una de las novedades más relevantes, es que la norma establece una reducción de las personas que potencialmente serán protegidas por hallarse en situación de

¹⁵ BINDER, J., *Derecho...*, p. 292: «La legítima del CC consiste en el derecho que tienen ciertas personas, a la muerte de un causante, de obtener un determinado valor con cargo a su herencia». DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN A., *Instituciones de Derecho Civil, Vol. II.*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 708 y ss.

discapacidad. En efecto, se prevé que se pueda gravar a favor de los hijos con discapacidad-la legítima estricta de los demás legitimarios, con el establecimiento de una sustitución fideicomisaria. Tal y como se establecía en el Proyecto y, a diferencia de la regulación anterior, en la que era posible favorecer a un descendiente, en aquel momento judicialmente incapacitado, la reforma excluye expresamente a los descendientes del testador que no tengan la condición de legitimarios de aquél, puesto que sólo podrá otorgarse a favor de los hijos con discapacidad.

Como vemos, en el último párrafo del art. 808 CC se comienza haciendo referencia a «alguno o varios de los legitimarios que se encontraren en una situación de discapacidad», y sigue con a «lo así recibido por el hijo beneficiado». Por ello, podemos entender que el término «legitimario» se identifica con el de «hijo» y no con el resto de sus descendientes (por ejemplo, los nietos). Por su parte, el art. 782 CC, limita claramente el alcance del art. 808 CC, cuando determina que el establecimiento de la sustitución sólo podrá hacerse «en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad».

En definitiva, se introduce una importante diferenciación entre legitimarios que, hallándose en una situación de discapacidad, sean hijos del testador, y aquellos otros que sean descendientes de ulterior grado.

Por un lado, el art. 808 CC nos hace referencia a «alguno o varios de los legitimarios» que se encontraren en una situación de discapacidad. Por el otro, el 782 CC, determina que el establecimiento de la sustitución sólo podrá hacerse «en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad». De esta forma, como vemos, se acotan los posibles beneficiarios del establecimiento de la sustitución.

Por tanto, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá éste favorecerlo a través del establecimiento de la sustitución, aunque se halle en una situación de discapacidad. 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 en la de los de grado ulterior, los nietos.

Ahora bien, en el caso de que el legitimario en situación de discapacidad, que no sea hijo del testador (por ejemplo, el nieto), el testador puede (para favorecerle en todo lo posible) atribuirle la totalidad del tercio libre y, asimismo, la totalidad del de mejora (art. 808, párrafo 2^a CC), además de la porción que a aquél corresponda en el de legítima estricta.

2.2. Inclusión del fideicomiso de residuo

En el fideicomiso de residuo, modalidad de sustitución fideicomisaria, el fiduciario está facultado por el causante para disponer por actos *inter vivos* sobre todos o parte de los bienes heredados y llegado el momento, los bienes no consumidos deberán hacer tránsito al fideicomisario (aquí el legitimario no discapacitado cuya legítima estricta se ha visto afectada)¹⁶.

Por tanto, esta sustitución se caracteriza por el hecho 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, para 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.

Como decíamos, en la nueva regulación del art. 808 CC se establece la presunción *iuris tantum*; si el testador no ha especificado cual es la modalidad de sustitución fideicomisaria que ha previsto, esta será la de residuo. En tanto que presunción *iuris tantum* sólo se podrá destruir con la voluntad expresa del testador de establecer otra modalidad de sustitución. Una vez más, la finalidad de esta novedad introducida es una mayor cobertura patrimonial al hijo con discapacidad.

Además, de acuerdo con la Disposición transitoria cuarta sobre Sustituciones realizadas en virtud del art. 776 del Código Civil, cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud de este precepto, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, esto es el 3 de septiembre de

¹⁶ SOLÉ RESINA, J. «Sustitución fideicomisaria en el Código Civil», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 996, define esta sustitución como «aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero (o legatario) fiduciario a una persona, pero en vez de que tenga que conservar entera la herencia fideicomitada para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario, se le permite disponer en todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, sólo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todo». También DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN A., *Instituciones...*, p. 674; BINDER, J., *Derecho...*, p. 105 y ss.; MORETON SANZ, M. F., «El llamamiento de los hijos...», pp. 555.

2021, se aplicará lo previsto en esta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida.

2.3. Poder de disposición del fiduciario de residuo

En este apartado analizaremos el alcance del poder de disposición del fiduciario de residuo. El fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: *si quid supererit*, («si queda algo»); y de *eo quod supererit* («de aquello que deba quedar»). En este caso, debemos entender que la opción del legislador español ha sido por la primera («si queda algo»): el «hijo beneficiado» (fiduciario con discapacidad que debe ser protegido por ser más vulnerable), no podrá disponer de los bienes «ni a título gratuito ni por acto mortis causa», pero sí podrá hacerlo a título oneroso. Y, lo más probable es que lo haga para sufragar sus necesidades originadas por la situación de discapacidad en la que se encuentra¹⁷.

Su condición de vulnerabilidad puede provocar que deba asumir gastos para cubrir concretas necesidades de atención y cuidado. Por ello, hay que entender que la premisa a tener en cuenta es la de «si quedan bienes», hipótesis en la cual dichos bienes pasarían a los que hubieren visto afectada su legítima, no la de la de «bienes que deban quedar». En otras palabras, se establece la prohibición de las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* gratuitas y la subrogación real.

2.4. El fiduciario no tiene la obligación de conservar los bienes

Si tenemos en cuenta el interés que tiene la norma, la protección del hijo con discapacidad que es más vulnerable que el resto de legitimarios, e interpretamos el alcance de esta disposición en ese sentido, debemos admitir que el fiduciario discapacitado no debería tener la obligación de conservar los bienes para que hagan tránsito al heredero fideicomisario¹⁸, ahora bien, nada impide, y de acuerdo con el principio de libertad para testar, que el testador otorgue al fiduciario, cuando

¹⁷ POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Catalunya. Derecho de Sucesiones*, 3ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 189, afirman que «la facultad dispositiva que caracteriza al fideicomiso de residuo puede tener un alcance muy variado, siempre partiendo de la base de que debe necesariamente ejercerse por actos inter vivos». Vid. SOLÉ RESINA, J. «Sustitución fideicomisaria...», p. 996 y ss.

¹⁸ Llega a la misma conclusión CERVILLA GARZON, M. C., «La sustitución fideicomisaria...», pp. 699.

constituya el fideicomiso de residuo, las facultades dispositivas que considere pertinentes. Es decir, el testador es árbitro para concederle las facultades de disposición al fiduciario, a ejercitar en el modo forma que disponga¹⁹.

Además, por concepto, en la sustitución de residuo el fiduciario es una persona que podrá disponer de todo o parte de los bienes y el fideicomisario, en este caso el legitimario no discapacitado, llegado el momento, podría incluso no adquirir ninguno de los bienes del causante. Así, el art. 783.2 CC no dice «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario [...] salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

2.5. No se encuentra implícita la sustitución vulgar

Respecto a la sustitución vulgar, el primer párrafo del art. 774 CC prevé que «Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia»²⁰.

En general, las sustituciones fideicomisarias tienen implícita una sustitución vulgar del fiduciario por el fideicomisario: si el primer diferido, el heredero fiduciario, no puede o no quiere aceptar la herencia que se le está ofreciendo, será el heredero fideicomisario (segundo diferido), el que podrá aceptar esa herencia, puesto que fue elegido por el testador y ello es conforme al principio *favor testamenti*. No tendría sentido que se ofreciera a los herederos *ab intestato*. En el ordenamiento catalán, conforme el art. 426-8.1 CCC, sobre la sustitución vulgar implícita, «Siempre que el fiduciario llamado no llega a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar»²¹.

¹⁹ Vid. SOLÉ RESINA, J. «Sustitución fideicomisaria...», p. 996.

²⁰ GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Las sustituciones...», pp. 958 y 959 deja muy claro que esta sustitución opera en los siguientes supuestos: «premorienza del instituido en primer lugar, [...] repudiación [...], y imposibilidad de adquirir la herencia».

²¹ Tal y como afirmaba BINDER, J., *Derecho...*, Editorial Labor, 1953, Barcelona, p. 105, el llamamiento al sustituto «se realiza para el caso de que decaiga la vocación del instituido principalmente, sea ello por medio de repudiación o renuncia a la herencia, o a consecuencia de su indignidad para heredar.» En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN A., *Instituciones...*, p. 666, afirma que «puede decir con carácter general que es suficiente que el primer llamado no quiera o no pueda aceptar para que sea eficaz la sustitución. No obstante, el testador puede circunscribir sus efectos a las hipótesis que desee. En defecto de voluntad delimitadora se entiende que el sustituto lo ha sido para todos los casos». POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civi...*, p.158.

Ahora bien, está lógica y razón de ser no puede predicarse de la sustitución prevista en el art. 808 CC. Si desaparece la condición de discapacitado en el hijo legitimario que es la *conditio iuris* de la institución, no surge efecto una sustitución vulgar, sino que el patrimonio gravado por esa sustitución fideicomisaria volverá los legitimarios no discapacitados.

Partimos del principio general de intangibilidad de la legítima (art. 813 CC) y, como hemos visto, esta sustitución se trata de una excepción que se podrá establecer sólo si se da la *conditio iuris* (hijo discapacitado). En efecto, no se persigue que el testador pueda hacer un encargo a alguien en quien confía ni que el fideicomisario que reciba los bienes debe conservarlos cuando se configura como una sustitución de residuo. El testador lo que está protegiendo es a uno de sus hijos que, por su condición de discapacitado hace que sea más vulnerable: no sólo podría recibir el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, sino que se establece una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de la parte que hubiese correspondido a los demás legitimarios (que no son discapacitados y no se encuentran ante tal vulnerabilidad)²².

Por ello, si el hijo con discapacidad que es beneficiario 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 dispararía el gravamen: los bienes afectados revertirán a los fideicomisarios coherederos legitimarios. De la misma manera que si el fiduciario no puede o no quiere ocupar su posición o falleciera, desaparecería la causa para gravar la legítima: el resto de legitimarios recibirían el patrimonio afectado por ese gravamen conforme las reglas previstas en el art. 452 CC.

3. CONCLUSIONES

Llegados a este punto y como corolario de lo expuesto, cabe esbozar las siguientes conclusiones:

— La reforma introducida por la Ley 8/2021 prevé, respecto a la legislación anterior, una reducción del ámbito de personas potencialmente protegidas por hallarse en una

²² RANGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sustitución...», p. 2015, en su estudio esta institución y concluyó que «la sustitución fideicomisaria prevista en el art. 808 III del CC está sometida al mismo tiempo a una condición resolutoria y a un término suspensivo [...]. La condición resolutoria se identifica en que el fiduciario debe mantener la condición de incapacitado judicial para conservar el fideicomiso, y término suspensivo en la medida que se extingue cuando fallezca el fiduciario o se cumpla el plazo de duración del fideicomiso que estableció el testador».

situación de discapacidad: se pasa de los descendientes a los hijos con discapacidad del causante.

— En la nueva regulación del art. 808 CC se establece la presunción *iuris tantum* que si el testador no ha especificado cual es la modalidad de sustitución fideicomisaria prevista, esta será la de residuo.

— Respecto a la modalidad de sustitución de residuo, es importante conocer el alcance del poder de disposición del heredero fiduciario en esta sustitución de residuo. Así, se configura como *si quid supererit*, («si queda algo») lo que se traduce en la prohibición de las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* gratuitas y la subrogación real.

— Por ello, el fiduciario podrá disponer con carácter oneroso y lo más probable es que lo haga para sufragar los gastos que le ocasionan su situación de vulnerabilidad. En definitiva, el hijo fiduciario discapacitado legitimario no tiene la obligación de conservar los bienes.

— Esta sustitución fideicomisaria se configura una excepción al principio general de intangibilidad del derecho de la legítima con el fundamento de proteger al discapacitado legitimario por lo que debemos entender que no es preciso que el fideicomisario legitimario se configure como el sustituto vulgar del fiduciario discapacitado.

4. BIBLIOGRAFÍA

BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, Editorial Labor, 1953, Barcelona.

CARRASCO PERERA, A, «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *Centro de Estudios de consumo* (Junio, 2021).

CERVILLA GARZON, M. C., «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2021, pp. 691-706.

CORVO LÓPEZ, F. M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI (2019), nº 4, pp. 135-190.

DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN A., *Instituciones de Derecho Civil, Vol. II.*, Tecnos, Madrid, 1995.

GARCÍA GARNICA, M. C., «Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica», Gete-Alonso y Calera, M.C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo II*, Civitas, Pamplona, 2013, pp. 173-210.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista Derecho Civil*, Vol. V (2018), nº3, pp. 173-197.

GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Las sustituciones hereditarias», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 955-970.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El tratamiento de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en De Salas Murillo, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.15-40.

MORETON SANZ, M.F.:

— «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2011), nº723, pp. 550-568.

— «La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados», *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (2015), nº8, pp. 84-103.

PETIT DE GABRIEL E. W., «Lo prometido es deuda: la Ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 55-78.

PLANAS BALLVÉ, M., «Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental? (A propósito de la Ley 6/2019 de modificación del Código Civil de Cataluña)», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII (2020), núm. 5, pp. 365-384.

POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Catalunya. Derecho de Sucesiones*, 3ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

RANGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», Abril Campoy, J. M., Amat Lari E., (Coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol, Vol. 2*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1995-2016.

SOLÉ RESINA, J.:

— «Sustitución fideicomisaria en el Código Civil», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 971-1004.

— «La esterilización no consentida de personas con discapacidad», *Actualidad Civil* (2019), Nº 5, Sección Persona y derechos / A fondo, Wolters Kluwer.

TORRES GARCÍA, T., «Efectos de la incapacitación», Gete-Alonso y Calera, M. C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo II*, Civitas, Pamplona, 2013, pp. 123-171.

VIVAS TESON, I., «Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad», *Pensar*, Vol. 20 (2015), 3, pp. 823-846.

Fecha de recepción: 23.05.2022

Fecha de aceptación: 22.09.2022