

La facultad del testador de gravar la legítima estricta cuando concurre un legitimario con discapacidad*

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ

Profesor titular de Derecho civil (acreditado a catedrático)
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

«*La discapacidad limita al ser humano abriéndole un nuevo universo de posibilidades*».

Ítalo Volo

RESUMEN

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, dio una nueva redacción a los artículos 782.1.º y 808.4.º del Código Civil, preceptos que establecen, de forma sucinta, el régimen de las sustituciones fideicomisarias que pueden gravar la legítima estricta cuando concurre un legitimario con discapacidad. Dada la precariedad de esta regulación, se observan lagunas legales y se plantean numerosas dudas acerca de esta facultad legal concedida al testador. En este trabajo se pretende abarcar toda la problemática planteada dándole solución razonable que sirva a los aplicadores del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Sucesión testada, legítima, herederos forzosos, sustitución fideicomisaria, persona con discapacidad.

* La versión original de este trabajo fue galardonada, por unanimidad y por cuarta vez a favor del autor, con el *Premio Ilustre Colegio Notarial de Andalucía* (Convocatoria 2023), otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en la sesión del Pleno de Académicos Numerarios celebrada el día 27 de junio de 2024.

The faculty of the testator to restrict the legal inheritance rights when there is a forced heir with disability

ABSTRACT

Law 8/2021, of June 2, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, gave a new wording to the articles 782.1.^o y 808.4.^o of Spanish Civil Code, articles that establish, in a succinct manner, the regime of trust mortis causa that can encumber legal inheritance rights when there is a forced heir with disability. Given the precariousness of this regulation, legal loopholes are observed and numerous doubts are raised about this legal power granted to the testator. This work aims to cover all the problems raised by providing a reasonable solution that serves those applying the Law.

KEYWORDS

Testated succession, legal inheritance rights, forced heirs, trust mortis causa, person with disability.

SUMARIO: I. *La facultad testamentaria de gravar la legítima estricta cuando existe un legitimario con discapacidad:* 1. Cuestiones preliminares: 1.1 Su regulación en el Código Civil. 1.2 Interpretación del fundamento de la facultad concedida por la ley al testador. 1.3 Referencia a la capacidad para aceptar o repudiar el beneficio testamentario. 2. La problemática relativa a la concreción de los sujetos beneficiarios de este gravamen legitimario: 2.1 Cuestiones esenciales relativas a la discapacidad en esta sede. 2.2 ¿Puede ser beneficiado cualquier legitimario o debe tratarse de un descendiente del testador? 2.3 ¿Pueden ser favorecidos los legitimarios descendientes discapacitados que no sean hijos del causante? 2.4 ¿Qué sucede si concurre más de un legitimario con discapacidad? 2.5 ¿Quiénes deben ser los fideicomisarios beneficiarios de los bienes fideicomitidos que quedaren al fallecimiento del legitimario fiduciario con discapacidad? 3. La legalmente permitida sustitución fideicomisaria de residuo: 3.1 Su concepción general en esta sede. 3.2 ¿Se requiere que el testador haya dejado la mejora y la parte libre al legitimario discapacitado? 3.3 ¿Cuál es el alcance del gravamen legitimario respecto de los colegitimarios no discapacitados? 3.4 ¿El gravamen también puede afectar a la legítima estricta del legitimario con discapacidad? 3.5 ¿Qué significa la expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*»? 3.6 Fallecido el legitimario fiduciario, ¿cuál es el destino del caudal relicto de lo obtenido por la enajenación *inter vivos* de los bienes fideicomitidos? 3.7 La cuestión de la premoriencia del fideicomisario al legitimario fiduciario con discapacidad. 3.8 La inaplicabilidad *ab initio* o la extinción sobrevenida del gravamen fideicomisario testamentario. 3.9 La posible intervención de los legitimarios sin discapacidad en la partición de la

herencia del causante y en la del legitimario fiduciario.-II. *La decisiva intervención notarial en esta materia tratada:* 1. Referencia a las labores notariales en la constitución de este gravamen legítimo. 2. Propuesta de cláusulas testamentarias a favor de legitimario con discapacidad.-III. *Conclusiones. Bibliografía. Resoluciones judiciales empleadas:* 1. Sentencia del Tribunal Constitucional. 2. Sentencias del Tribunal Supremo. 3. Auto de la Audiencia Nacional. 4. Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma. 5. Sentencias de las Audiencias Provinciales. 6. Resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado. 7. Resoluciones de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

I. LA FACULTAD TESTAMENTARIA DE GRAVAR LA LEGÍTIMA ESTRICTA CUANDO EXISTE UN LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD

1. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 Su regulación en el Código civil

Como destaca la importante STS (1.^a) 28 de septiembre de 2005¹, nuestro Código Civil parte de la primordial intangibilidad de la legítima, pues, de acuerdo con el fundamental artículo 806 CC², la legítima es una porción de bienes de la que el testador no puede disponer en perjuicio de los legitimarios o herederos forzosos. Por tanto, la legítima se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un verdadero derecho –que no una simple expectativa de derecho–, a recibir en el patrimonio hereditario del causante un determinado valor patrimonial, derecho correspondiente a determinados parientes próximos del causante, en particular, a los «*hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes*» (ex art. 807.1.^º CC). Estos descendientes, conforme a los artículos 763, 806, 807, 813 a 817, 821, 825, etc., del Código Civil, se configuran como herederos forzosos. La legítima, pues, supone una atribución sucesoria legal a favor de ciertas personas que, por tener un vínculo próximo

¹ RJ 2005/7154.

² BUSTO LAGO, 2009, pp. 1 y 3, explica que el «precepto constituye una especie de garantía general de los derechos de los legitimarios, que son determinados parientes del causante que tienen derecho a una parte de los bienes de éste, si es que no los han recibido en virtud de un negocio jurídico gratuito... Las normas reguladoras de la legítima son de *ius cogens* –no disponibles por la voluntad del causante–... y de orden público... Por ello, todos los bienes hereditarios están afectos al pago de la legítima...»; criterio que confirma VELA SÁNCHEZ, *RDC*, 2022, p. 229.

de parentesco con el causante, la ley les faculta para percibirla, sin que puedan ser privados de ella sin causa también legalmente fijada. Se trata, en definitiva, de un valor mínimo que el legislador atribuye en la sucesión *mortis causa* del causante con carácter intangible, inembargable e irrenunciable en vida, con independencia, en principio, de toda necesidad vital del legitimario, de manera que implica un límite legal a la libertad testamentaria del causante³.

La salvaguarda cardinal de la cuota legitimaria se recoge igualmente en el relevante artículo 813 CC, cuando establece expresamente que: «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*».

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».

En esta misma línea, el indicado artículo 782 CC dice que: «*Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos 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».

Obsérvese que este último precepto ya advierte de la eventualidad de que el testador pueda gravar todo el tercio de legítima estricta –ya se verá si comprendiendo o no la legítima estricta del propio legitimario discapacitado–, siendo la persona con discapacidad el heredero fiduciario y los otros colegitimarios no discapacitados los sustitutos fideicomisarios de los bienes fideicomitidos, quienes, de entrada, deberán soportar por igual el gravamen legitimario. Igualmente, este artículo comentado previene que el causante pueda utilizar esta facultad legal de gravamen sobre el tercio de mejora, siempre que, también de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 823 CC, los otros descendientes del testador sean los sustitutos fideicomisarios.

De otro lado, el igualmente aludido por preceptos anteriores y primordial para el presente estudio, artículo 808 CC⁴ dispone actual-

³ *Vid. PLANAS BALLVÉ, RDC, 2022, pp. 435-436 y VELA SÁNCHEZ, RDC, 2018, pp. 335-336.* En este punto, CUADRADO PÉREZ, RCDI, 2023, p. 749, critica que la inutilidad y el perjuicio que suponen la actual legítima se patentizan más, «si cabe, en el habitual caso de encontrarse... (los hijos o descendientes) ya emancipados, con su propia pareja e hijos, y con una situación económica más desahogada, incluso, que la del testador». En cambio, mantiene la necesidad de la herencia forzosa, entre otros muchos autores, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2023, pp. 97-148.

⁴ Ya respecto de la reforma del Código Civil de 2003, MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, p. 154, criticaba 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 las que afectan a la mejora, e incluso a la parte de libre

mente, en sus párrafos cuarto y quinto, 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 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».

Este precepto parte del requisito *sine qua non* consistente en que el potencial beneficiario de la figura sea un legitimario que se encuentre «en situación de discapacidad», presupuesto que pasa a sustituir a la anterior exigencia de «incapacitación». Igualmente, para poder recurrir al mecanismo sucesorio del fideicomiso de residuo debe tratarse de una sucesión testada. No puede tener lugar en una sucesión intestada, lógicamente, porque la constitución de esta figura jurídica especial depende de la voluntad del testador que decidió incluir una cláusula testamentaria expresa al respecto. De ahí que, esencialmente, sea un testamento válido –sin que exista limitación alguna en cuanto a su modalidad abierta, cerrada u ológrafo–, el instrumento jurídico apropiado para establecer la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta⁵. Además, debe destacarse ya que este gravamen legítimario, teniendo en cuenta las concretas necesidades del legitimario con discapacidad, puede recaer sobre la integridad, o sólo una parte, de la legítima estricta de los fideicomisarios no discapacitados.

Finalmente, todas estas normas fundamentales se complementan con el artículo 824 CC que, en relación con el ya mencionado artículo 823 CC, determina que: «*No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes*».

disposición, a la imputación, a la desheredación...) para adecuarlas a una situación totalmente ajena a aquella para cuya aplicación fueron concebidas». En igual sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, *RCDI*, 2005, p. 13, consideraba que es la medida legal sucesoria que «más choca con el sistema tradicional del Código civil que es más discutible y que puede ser fuente de problemas»; y PANIZA FULLANA, 2022, p. 990, opone que esta reforma del artículo 808 CC «ha supuesto trastocar, aunque sea en un supuesto concreto y determinado, la piedra angular de la intangibilidad de la legítima» en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵ *Vid.*, por ejemplo y respecto de la regulación anterior, COBACHO GÓMEZ, 2010, p. 369, GÓMEZ GÁLLIGO, *RCDI*, 2005, *cit.*, p. 18, LEÑA FERNÁNDEZ, *CDJ*, 2005, p. 197; etc. Por otra parte, en el texto se dice «esencialmente» porque hay autores que mantienen que este fideicomiso de residuo podría establecerse también mediante una donación con derecho de reversión, entre otros, por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO: *ibidem*.

1.2 Interpretación del fundamento de la facultad concedida por la ley al testador

La finalidad del vigente artículo 808.4.º CC ha sido interpretada, sintetizando las diversas posiciones doctrinales, de dos maneras principales. Una primera posición, de carácter restrictivo, entiende que el precepto supone una excepción o anomalía al sistema tradicional de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto puede vulnerar tanto su intangibilidad cuantitativa como cualitativa. Una segunda perspectiva, de índole extensa, mantiene que con esta normativa actual se busca la protección legal de las personas con discapacidad en consonancia con lo exigido en nuestra Constitución española (*ex arts. 10 y 49*)⁶.

Ciertamente, la doctrina discute el fundamento e idoneidad de esta normativa vigente, pues algunos entienden que la introducción de esta sustitución fideicomisaria de residuo va, incluso, en contra de los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006–, y, por consiguiente, de la modificación sustancial del Código Civil en materia de la capacidad realizada 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. Se olvida, se dice por este sector doctrinal, que el artículo 12 de la indicada Convención de 2006 parte del postulado principal de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y esta super protección legal contraría dicho postulado primordial de equiparación⁷.

En cambio, otros autores consideran que esta medida legal protectora de las personas con discapacidad no plantea dificultad de incompatibilidad con la mencionada Convención de 2006, pues su virtualidad principal no reside en la restricción de los derechos de

⁶ Ya MAGARIÑOS BLANCO, 2018, pp. 423-424, advertía que la «libertad de testar tiene su complemento de justicia en la obligación de los padres de atender al sustento y formación de sus hijos hasta su emancipación vital. También, cuando ésta no pueda lograrse por causa de discapacidades que los inhabiliten para integrarse plenamente en la sociedad». A favor esta medida legal protectora de las personas con discapacidad, entre otros muchos, BARBA, *La Ley-DF*, 2021, p. 52.

⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, pp. 936-937. También CERVILLA GARZÓN, 2021, p. 696, puntualiza que la reforma del Código Civil en este punto «va más allá de la Convención» de 2006. CHAPARRO MATAMOROS, 2023, pp. 643-644, nota 6, se plantea «si, en el marco de una reforma que tiene por objeto la supresión de las trabas existentes al ejercicio autónomo de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad a efectos de que puedan ejercer aquélla en igualdad de condiciones que las demás, tiene sentido atribuirles una protección económica directa por razón de su discapacidad, en vez de tratar de impulsar incentivos y promover acciones que contribuyesen de forma decidida a lograr la independencia económica y la igualdad del colectivo de personas con discapacidad».

los legitimarios sin discapacidad, sino en la facultad que el legislador resuelve conceder al testador en beneficio de ciertas personas con discapacidad llamadas a la herencia⁸.

A mi juicio, no podemos limitarnos a interpretar literalmente lo dispuesto en el vigente artículo 808.4.^º CC, pero tampoco puede extenderse su supuesto de hecho indiscriminadamente, sobre todo en aquellas hipótesis en que su hermenéutica no contribuya a conceder una salvaguardia añadida al legitimario, persona con discapacidad, pues, no se olvide, esta necesidad de asistir a los más desfavorecidos se consigue en estos supuestos dando la posibilidad de una «desheredación» *de facto* de los colegitimarios del discapacitado. El derecho a la legítima se convierte en una expectativa de derecho, pues si el legitimario fiduciario dispone de todos los bienes fideicomitidos, los legitimarios no discapacitados, llegado el momento, podrían incluso no adquirir nada de la legítima estricta que les correspondía en la herencia del causante. En definitiva, la irregularidad fundamental que el precepto implica –respecto del sistema tradicional de la intangibilidad de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico–, sólo debería poder justificarse en cuanto dispense una necesaria y directa protección al legitimario con discapacidad, y únicamente a éste, por lo que convendría que quedara excluida la posibilidad de su justa aplicación cuando –como se verá detalladamente en ulteriores apartados–, no le favorezca verdadera y solamente y sí esté pensada para sus propios herederos⁹.

1.3 Referencia a la capacidad para aceptar o repudiar el beneficio testamentario

Según el vigente artículo 992 CC, para aceptar o repudiar la herencia se requiere que el sujeto titular de la delación hereditaria tenga «*la libre disposición de sus bienes*». Tras la reforma producida por la mencionada Ley 8/2021, de 2 de junio, en nuestro ordenamiento jurídico –que claramente pretende favorecer el ejercicio de la

⁸ *Vid.* APARICIO VAQUERO, 2022, p. 569. Igualmente, PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 436, explica en este punto que: «Debemos tener en cuenta el espíritu de la reforma de la norma introducida y sus antecedentes (la Convención de 2006 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».

⁹ Muy acertadamente, ORTEGA DOMÉNECH, 2022, p. 158, se plantea, desde una perspectiva práctica, qué es lo mejor para el legitimario con discapacidad, «si favorecerlo con el gravamen de la legítima estricta de los demás herederos forzosos –lo que le permitirá tener patrimonio disponible para poder sufragar los gastos correspondientes a su grado de discapacidad–, o, en cambio, que el testador beneficie a aquellas personas que lo cuiden –a través del mantenimiento de su legítima estricta e, incluso, la concesión de los tercios de mejora y de libre disposición de la herencia–, lo que sería bueno para el discapacitado y, además, fortalecería las relaciones familiares».

capacidad jurídica de las personas con discapacidad–, debe partirse de la regla general de que las personas mayores de edad con discapacidad podrán, siempre que ello fuera posible, aceptar o repudiar por sí mismas. No obstante, cuando estas personas con discapacidad no puedan expresar su voluntad al notario interviniente, ni siquiera con apoyos, únicamente podrán ejercitar su capacidad jurídica mediante un representante¹⁰. Este representante del discapacitado podrá tratarse de un guardador de hecho, un curador o un defensor judicial con facultades representativas, o de un representante voluntario que hubiera designado la persona con discapacidad con carácter preventivo (conforme a lo establecido en el art. 255.1.º CC).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que si la aceptación no implica ningún riesgo patrimonial para la persona con discapacidad –de manera que no va a responder de las deudas hereditarias con su propio patrimonio, sino *intra vires hereditatis*–, parece lógico que no deba exigirse autorización judicial para su virtualidad. Tal sucederá cuando quien ejerza las funciones representativas acepte la herencia a beneficio de inventario, a diferencia, por tanto, de los supuestos en los que se pretenda una aceptación pura y simple, pues al existir entonces una responsabilidad *ultra vires hereditatis* del aceptante respecto de las posibles deudas hereditarias del causante, sí que será precisa la autorización judicial (*ex* art. 287.5.º CC)¹¹.

2. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA CONCRECIÓN DE LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE ESTE GRAVAMEN LEGITIMARIO

2.1 Cuestiones esenciales relativas a la discapacidad en esta sede

La primera cuestión básica que surge en este punto es qué debe entenderse por persona con discapacidad. Esta interrogante ha quedado respondida genéricamente conforme a la Disposición Adicio-

¹⁰ BARRIO DEL OLMO, 2022, p. 25, explica que, existiendo «juicio notarial de capacidad jurídica... (habrá) que probar la falta de capacidad de hecho en la persona con discapacidad, a pesar de los apoyos empleados, incluido el institucional del notario». Como expone GARCÍA RUBIO, 2023, p. 37, «la consecuencia lógica de la nueva perspectiva es que discapacidad o dificultad para entender, querer o expresarse ya no pueden ser consideradas como antónimos de voluntad o de voluntad suficiente; muy al contrario, son conceptos compatibles que el sistema jurídico debe saber armonizar».

¹¹ En todo caso, advierte MARÍN CALERO, 2021, p. 77, que para aceptar a beneficio de inventario «debe exigirse la misma capacidad que para aceptar pura y simplemente o para repudiar, ya que el artículo 992 del Código Civil no distingue entre modalidades de aceptación, y por otro lado no puede olvidarse que una de las posibles consecuencias del expediente de aceptación a beneficio de inventario a modo de sanción, si no se cumplen los trámites o requisitos exigidos, es la aceptación pura y simple, con la consecuente responsabilidad por deudas».

nal Cuarta, primer inciso, de la indicada Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma del Código Civil, cuando se establece que 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*»¹².

Según la disposición anterior, por consiguiente, se ha ampliado el número de personas que pueden ser favorecidas por la sustitución fideicomisaria de residuo reconocida por la ley —la redacción anterior limitaba el precepto a los «*judicialmente incapacitados*»—, pues ahora pueden ser tanto los afectados con una discapacidad psíquica como física. En efecto, en la actualidad se consiente legalmente que sean beneficiarias aquellas personas que tengan una discapacidad no sólo psíquica —igual o superior al 33%—, sino también física o sensorial —igual o superior al 65%—. Por tanto, como concluye la doctrina especialista, ya no se depende de una resolución judicial firme de incapacidad, sino que bastará con las correspondientes resoluciones administrativas de concreción y acreditación del grado de discapacidad de la persona¹³. Con la obtención de esta indicada certificación no se obtiene un nuevo estado civil, sino que el sujeto pasa a una nueva categoría, la de *persona con discapacidad*, que, una vez es comprobada y reconocida administrativamente, se convierte en una situación jurídica efectiva desde la fecha en la que se presentó la pertinente solicitud de reconocimiento del grado de discapacidad.

Una segunda cuestión primaria que se plantea en esta sede es si basta la existencia de discapacidad o es precisa también la necesidad económica del legitimario con discapacidad. Tras la regulación

¹² Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: 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.

¹³ BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, p. 237. Este mismo autor, antes de la reforma definitiva del Código Civil en 2021 consideraba (*RCDI*, 2019, pp. 2788-2789), que los beneficiarios del fideicomiso de residuo del proyectado artículo 808 CC deberían ser solamente «aquellos legitimarios discapacitados que por sentencia judicial se les hayan establecido medidas de apoyo en todos los ámbitos de su vida debido al grado de discapacidad que padecen». Por su parte, entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2016, p. 789, entendía que la exigencia de la incapacitación en esta sede era «un incentivo para el fomento de la misma».

actual de la figura estudiada, de la que puede resultar beneficiaria cualquier persona que pueda incluirse en el artículo 2.2.^º de la Ley 41/2003 o en el artículo 26.1.^º de la Ley 39/2006, pudiera pensarse que el fundamento asistencial o de protección económica del discapacitado parece difuminarse, de manera que con la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta podría también beneficiarse a herederos forzosos con discapacidad que no estuvieran particularmente impedidos para procurarse su propia subsistencia, a diferencia de lo que sucedía respecto de las personas que resultaban incapacitadas judicialmente conforme a la normativa anterior a la última reforma del Código Civil¹⁴.

Frente a esta inteligencia, otra doctrina entiende que la posibilidad del testador de ordenar la sustitución fideicomisaria de residuo, del estudiado artículo 808.4.^º CC, se fundamenta –aunque no se mencione expresamente en el precepto–, en una presunción *iuris tantum* de necesidad económica del legitimario discapacitado beneficiado, que puede destruirse demostrándose por alguno de los fideicomisarios perjudicados con el gravamen de su legítima estricta que no existe esa escasez económica a la que obedeció la fijación del gravamen por el testador; o que, aun concurriendo, dicha necesidad económica no deriva directamente de la discapacidad del fiduciario, sino a otras causas a éste imputables, como, por ejemplo, a su indolencia o a su falta de aplicación en el trabajo¹⁵.

Finalmente, en este punto, cabe preguntarse quiénes pueden impugnar la existencia de discapacidad. Pues bien, debe recordarse que el último párrafo del artículo 808 CC reformado establece 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*». Por consiguiente, este precepto deja a salvo la posibilidad para los legitimarios no discapacitados –cuya legítima

¹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, pp. 938-939. En la misma línea parece encontrarse PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 441, cuando expone que con esta disposición, legalmente permitida, el «testador lo que está protegiendo es a uno de sus hijos que, por su condición de discapacitado hace que sea más vulnerable...».

¹⁵ CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, pp. 646-647, quien añade que parece «existir un nexo de causa-efecto entre la discapacidad que autoriza el establecimiento de la sustitución fideicomisaria y la situación de necesidad económica del beneficiado, de manera que ésta (la necesidad) traiga causa precisamente de aquélla (de la discapacidad), lo que se justifica por el equilibrio que debe presidir la relación entre la protección de la persona con discapacidad y el principio de intangibilidad de la legítima... Ello sin tener en cuenta el posible fraude de ley que resultaría de utilizar la figura de la sustitución en beneficio de un legitimario con discapacidad, pero sin necesidad económica, con el único (o principal) propósito de privar de su legítima estricta a un legitimario sin discapacidad con el que se tiene una mala relación, o directamente no se tiene (por ejemplo, porque nunca se quiso saber nada de él), y al que no resultaría de aplicación ninguna causa de desheredación». Criterio que apoyan, por ejemplo, ESCRIBANO TORTAJADA, 2019, p. 399 y BERNARD MAINARD, *RDC*, 2024, p. 253.

estricta haya sido gravada testamentariamente–, de negar la discapacidad del beneficiado con el fideicomiso de residuo legal, que era la causa que justificaba la imposición del gravamen, eso sí, la carga de la prueba corresponderá al reclamante o reclamantes. En concreto, podría probarse, por ejemplo, el cese de la discapacidad, la concurrencia de anomalías en el procedimiento administrativo de discapacidad o la disminución del grado de discapacidad.

Igualmente, como se explicó en el apartado anterior, hay quienes mantienen que la sustitución fideicomisaria de residuo estudiada no puede establecerse en beneficio de herederos forzosos afectados de discapacidades que no sean especialmente impeditivas para la obtención de recursos económicos suficientes para su propia subsistencia. Por consiguiente, esta doctrina concluye que este gravamen fideicomisario de la legítima estricta únicamente puede responder, junto a la concurrencia de la discapacidad legalmente fijada, a una situación de necesidad económica derivada de la propia discapacidad, de manera que, de no existir carencia de recursos, el gravamen legitimario podrá ser impugnado por los colegitimarios sin discapacidad conforme también a este artículo 808.5.º CC¹⁶.

2.2 ¿Puede ser beneficiado cualquier legitimario o debe tratarse de un descendiente del testador?

Frente a la redacción anterior que hablaba exclusivamente de «*hijos o descendientes judicialmente incapacitados*», el vigente artículo 808.4.º CC contempla como posibles fiduciarios beneficiarios a «*alguno o varios de los legitimarios* (que) se *encontraren en una situación de discapacidad*». Esta distinta expresión legal podría interpretarse en el sentido de que, actualmente, el gravamen testamentario podría beneficiar a cualquier tipo de legitimario y no únicamente a los descendientes. No obstante, en otra expresión del precepto comentado se habla de lo «*recibido por el hijo beneficiado*», por lo que parece –cuestión que se tratará específicamente en el epígrafe siguiente–, que deberá tratarse, en principio, no sólo de legitimarios que sean descendientes, sino de hijos del testador. Por consiguiente, no pueden ser favorecidos por este gravamen fideicomisario de residuo, aunque se trate de personas con discapacidad, ni los ascendientes, ni el cónyuge supérstite, ni, por supuesto, la pareja conviviente de hecho del causante, restricciones que ya

¹⁶ CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 645, quien agrega en este punto que realizar «otra interpretación, que propugne la validez de las sustituciones efectuadas atendiendo únicamente a la concurrencia del grado de discapacidad requerido, podría otorgar legitimidad a situaciones que rayarían en el absurdo desde el punto de vista de la justicia material».

habían sido objeto de crítica por la doctrina especialista respecto de la regulación anterior de esta materia¹⁷. En definitiva, no habiendo previsto expresamente el legislador ninguna de estas posibilidades, y teniendo muy en cuenta la naturaleza excepcional de la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta, parece indudable que el testador no podrá beneficiar con este gravamen legitimario al progenitor o al cónyuge supérstite que se encuentre en situación de discapacidad, por constituir ello una disposición *contra legem*¹⁸.

Respecto del cónyuge viudo, hay que advertir, igualmente, que como su legítima comprende sólo el usufructo del tercio de mejora (*ex art. 834 CC*), no obstaculiza el gravamen sobre la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados dispuesto por el testador en beneficio del legitimario con discapacidad o, dicho con otras palabras, también debe respetarse la legítima del cónyuge viudo en estos supuestos de gravamen legitimario.

2.3 ¿Pueden ser favorecidos los legitimarios descendientes discapacitados que no sean hijos del causante?

Como se ha apuntado anteriormente, el precepto comentado habla, por un lado, de «*legitimarios*» en general y, de otra parte, de «*hijo beneficiado*», en particular. Pues bien, ante esta doble expresión legal cabe preguntarse si pueden ser favorecidos con el gravamen fideicomisario de la legítima estricta los legitimarios descendientes discapacitados que no sean hijos del causante. Obsérvese que ello sucede, por ejemplo, con la facultad de ser mejorados por el testador contenida en el artículo 823 CC: «*El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima*». En efecto, el supuesto fundamental que se plantearía aquí sería cuando un nieto u otro descendiente del causante adquiere la condi-

¹⁷ En efecto, en cuanto a la normativa de 2003, se entendió como demasiado rígido que se permitiera gravar la legítima estricta de los hijos en beneficio de un hermano o medio hermano «*incapacitado*» y que, sin embargo, no se extendiera tal posibilidad a favor del cónyuge e incluso del ascendiente, en esa misma condición de discapacidad. «A pesar de que un fideicomiso, por ejemplo, a favor del cónyuge supérstite, además de que ordinariamente puede ser querido por el propio causante, si consideramos que es normal que los consortes deseen dejarse protegidos entre sí para el caso en que alguno fallezca, resultaría menos gravoso no solo por razón de su edad sino también porque su legítima es más corta» (DÍAZ ALABART, 2006, p. 1051; criterio que reitera en ASN, 2008, p. 283; y que confirma en 2011, pp. 888-889). En idéntico sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ PORRAS, 2005, p. 704. Respecto de la regulación actual, estaría a favor de esta interpretación, por ejemplo, HERRÁN ORTIZ, 2014, p. 816.

¹⁸ CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 664; ESCRIBANO TORTAJADA, 2019, *cit.*, p. 403; LEÑA FERNÁNDEZ, *CDJ*, 2005, *cit.*, p. 188; MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, p. 52; etc.

ción de legitimario por derecho de representación, esto es, por premoriencia (*ex art. 925.1.º CC*), indignidad sucesoria (*ex art. 761 CC*) o desheredación justa de su progenitor (*ex art. 857 CC*)¹⁹.

Ante esta problemática planteada, la primera posibilidad es interpretar literalmente el precepto estudiado en el sentido de que no basta con que el beneficiado con el gravamen legitimario sea heredero forzoso sino que, además, debe ser hijo del causante, con lo que quedan fuera los descendientes ulteriores del testador, aunque sean también legitimarios por derecho de representación²⁰. Obviamente, esta posición doctrinal se funda, básicamente y, en primer lugar, en la evidencia de que el susodicho artículo 808.4.º CC supone una excepción a la primordial intangibilidad de la legítima en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe interpretarse restrictivamente. De otra parte, se alega también que no puede olvidarse tampoco el fundamental artículo 782 CC que, en su redacción vigente, establece que: «*Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad*». En definitiva, si el causante quisiera favorecer a un descendiente con discapacidad que no fuera su hijo, aunque fuera legitimario, únicamente –que no es poco– podría atribuirle la totalidad del tercio de libre disposición, el tercio de mejora también íntegro (*ex art. 808.2.º CC*), y, todo ello, sin olvidar la porción que a aquél corresponda en el tercio de legítima estricta.

Frente a dicha doctrina restrictiva, una posición contraria –que, a mi modo de ver, debería prevalecer– alega que, a pesar de la excepcionalidad que el artículo 808.4.º CC supone respecto de la esencial intangibilidad de las legítimas en nuestro Derecho, cuando un descendiente anterior alcanza la categoría de legitimario del testador por derecho de representación –en cualquiera de las circunstancias (premoriencia, indignidad o desheredación) indicadas anteriormente–, esta condición fundamental debería obtenerse en toda su extensión, comprendiendo la contingencia legal de ser favoreci-

¹⁹ Obsérvese que también los artículos 932 y 934 del CC establecen que los hijos del causante lo heredan siempre por «*derecho propio*» y sus nietos y descendientes ulteriores, al coincidir con alguno de estos, podrán heredarle por «*derecho de representación*». Vid. VELA SÁNCHEZ, *La Ley*, 2020, pp. 1-2.

²⁰ Vid., por ejemplo, JARILLO GÓMEZ, 2021, p. 126; PANIZA FULLANA, 2022, *cit.*, p. 994, quien interpretando conjuntamente los artículos 782 y 808 del CC concluye que aquella «*primera referencia del artículo 808 Cc. a los legitimarios* puede generar confusión en una primera lectura, que debe hacerse de manera conjunta para ver que solo se refiere a los hijos discapacitados. En consecuencia, se descarta, también, que pueda ser beneficiado el nieto mientras viva el padre»; PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 437, quien confirma que podemos «*entender que el término legitimario se identifica con el de hijo y no con el resto de sus descendientes (por ejemplo, los nietos)*»; etc.

do por la sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto sea persona con discapacidad²¹. Quedaría fuera, pues, el supuesto del descendiente discapacitado del causante que no fuera legitimario, al sobrevivir su progenitor no indigno para suceder o no desheredado justamente, puesto que estos descendientes no legitimarios ni tienen derecho a legítima estricta, ni tampoco podrán beneficiarse de un gravamen sobre la legítima estricta de otros legitimarios.

2.4 ¿Qué sucede si concurre más de un legitimario con discapacidad?

Recuérdese que tanto el artículo 808.4.^º CC, como el artículo 782 CC contemplan, expresa y respectivamente, el supuesto de que «*alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad...*», o de que «*uno o varios de los hijos... se encuentren en una situación de discapacidad*», por lo que parece, en principio, que no cabe duda de que todos los herederos forzosos con discapacidad podrán beneficiarse del fideicomiso de residuo con el que el testador puede gravar la legítima estricta de los legitimarios no discapacitados.

Ahora bien, cabe preguntarse en este punto que si concurren varios legitimarios con discapacidad o si al tiempo de otorgarse el testamento sólo existiera la discapacidad del hijo beneficiado con la disposición, pero después sobreviniera la discapacidad de cualquier otro posible beneficiado, ¿sería obligatorio tratarlos a todos por igual o podría el testador establecer alguna diferencia de trato? Como se verá en apartado posterior, el artículo 808.4.^º CC habla de que el testador «*podrá disponer*», por lo que resulta evidente que supone una facultad legal del testador y no de una obligación de imponer el gravamen fideicomisario sobre la legítima estricta, si concurren legitimarios con discapacidad. Pues bien, si el ejercicio de la facultad legal de constituir la sustitución fideicomisaria de residuo es totalmente opcional para el fideicomitente, también la elección de quién

²¹ *Vid.*, por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2023, pp. 358-359, que sostiene que sólo «cuando los nietos sean legitimarios por derecho de representación podrán ser fiduciarios. En caso contrario, el ascendiente de segundo grado solo podrá favorecer a sus nietos por vía de mejora sin que pueda afectar a las legítimas estrictas de los demás»; BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, *cit.*, p. 235, quien también considera que pueden ser beneficiados los descendientes, que no sean hijos del causante, bajo la premisa primordial de que «el descendiente más próximo excluye al más remoto, salvo los casos de representación...»; CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 651, que entiende que parece «clara la posibilidad de que sea fiduciario un descendiente (no hijo) que sea legitimario por derecho de representación»; MARÍN CALERO, 2022, p. 186, quien concluye que veremos «lo que decide la jurisprudencia, pero en mi opinión lo relevante debería ser la condición de legitimario, de manera que los descendientes también entrarán en juego, pero solo cuando ellos mismos sean también legitimarios»; etc.

o quiénes serán los fiduciarios beneficiados debe depender exclusivamente de él. De este modo, y en virtud del principio clásico de que quien puede lo más, también puede lo menos, el causante podría igualar el beneficio concedido a cada uno de los legitimarios con discapacidad o diferenciarlo, atribuyéndoselo únicamente al que estuviera más necesitado de protección o a quien considerare conveniente, sin justificación alguna, al igual que ocurre, analógicamente, con la disposición libre y sin razonamiento necesario del tercio de mejora respecto de los descendientes del testador (*ex art. 823 CC*)²². Eso sí, al tratarse de personas con discapacidad, aunque no fueran nombrados fiduciarios respecto del fideicomiso de residuo establecido por el testador respecto de los colegitimarios no discapacitados concurrentes, su parte de legítima estricta no podría ser gravada a favor de otro legitimario discapacitado.

2.5 ¿Quiénes deben ser los fideicomisarios beneficiarios de los bienes fideicomitidos que quedaren al fallecimiento del legitimario fiduciario con discapacidad?

Ciertamente, cabe plantearse la cuestión de que, conforme al estudiado artículo 808.4.º CC, atribuida la herencia al hijo legítimo con discapacidad –en particular la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados–, y sujetos los bienes hereditarios recibidos a una sustitución fideicomisaria de residuo, en el supuesto de concurrencia de varios hijos o descendientes legitimarios sin discapacidad, los sustitutos no sean todos estos sino solamente alguno o algunos de ellos. La doctrina especialista²³ plantea varias posibilidades en esta materia tratada. Una primera interpretación considera que, como se trata del tercio de legítima estricta –del que no puede privarse definitivamente a los herederos forzosos sin

²² Para la redacción anterior del Código Civil, HERRÁN ORTIZ, 2014, *cit.*, pp. 820-821, concedía que el testador pudiera favorecer sólo al legitimario discapacitado más precisado de protección; mientras que PUIG FERRIOL, 2005, p. 281, consideraba que si «hay varios descendientes incapacitados todos deberán ser fiduciarios, mientras serán fideicomisarios aquellos que no lo sean». En la regulación actual, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2023, *cit.*, p. 359, no tiene claro si el testador puede hacer distinciones entre los diversos legitimarios discapacitados concurrentes en la herencia, mientras que DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, p. 405, exige un «llamamiento conjunto como fiduciarios a todos los hijos con discapacidad»; en cambio, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 937, critica la evidencia de que «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», y CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 656, admite abiertamente que el testador puede «beneficiar únicamente a alguno o a varios de los legitimarios con discapacidad; y ello aunque todos ellos se encuentren en estado de necesidad, pues el testador no está obligado a dar a aquellos un tratamiento uniforme más allá de la porción de legítima estricta que les corresponda».

²³ *Vid.*, por ejemplo, MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, pp. 218 ss.

causa legal–, lógicamente los sustitutos deberán ser todos los colegitimarios sin discapacidad por igual. Una segunda opinión –dentro también del estricto ámbito de los colegitimarios de la persona con discapacidad–, defiende la hipótesis de que quienes sustituyan al legitimario fiduciario puedan ser únicamente aquellos colegitimarios sin discapacidad fijados expresamente por el causante en testamento, por ejemplo, por cuidar al legitimario con discapacidad durante su vida.

Fuera ya del círculo específico de los colegitimarios del heredero forzoso con discapacidad, también se propone la eventualidad de nombrar sustitutos a los propios legitimarios del heredero forzoso discapacitado. Así, si el legitimario fiduciario con discapacidad tuviere descendientes, se sostiene que el testador puede establecer como sustitutos de residuo a todos ellos o, en su caso, a quien o a quienes de ellos se ocupen de aquél. A falta de descendientes del legitimario con discapacidad, se propone igualmente que la sustitución fideicomisaria de residuo recaiga a favor del ascendiente que le sobreviva y, en particular, de quien se vaya a hacer cargo de dicho legitimario con discapacidad, por ejemplo, su otro progenitor, normalmente cónyuge del testador. Incluso, de no existir tampoco ascendientes del fiduciario legitimario, se expresa la posibilidad de que podría ser beneficiario de los bienes resultantes del fideicomiso de residuo el propio cónyuge del legitimario con discapacidad, que habitualmente lo atenderá durante su vida.

Incluso, partiendo de una interpretación amplísima de la facultad testamentaria que, pretendidamente, el artículo 808.4.º CC concede al testador, también se alega la alternativa de que el beneficiario final de la sustitución fideicomisaria de residuo no sea un legitimario sin discapacidad del causante o del propio legitimario discapacitado, sino cualquier otra persona. En efecto, se mantiene que puede ser beneficiario de los bienes fideicomitidos resultantes quien el causante libremente designe en el testamento, por ejemplo, la persona o entidad que vaya a atender al hijo legitimario con discapacidad, y ello como medio para asegurar esas atenciones o cuidados. Se argumenta en este punto que, dado que se priva de su legítima estricta a los legitimarios sin discapacidad, la facultad testamentaria concedida por la ley al causante debe estar orientada, inequívocamente, al beneficio de la persona discapacitada. Por consiguiente, debe exigirse, necesariamente, que los sustitutos nombrados proporcionen o hayan proporcionado algún servicio o cuidado a la persona con discapacidad, pues lo contrario podría implicar la utilización de la norma para defraudar los derechos de

los legitimarios sin discapacidad, lo que excluye genéricamente el artículo 6.4.º CC que proscribe el fraude de ley²⁴.

A mi juicio, para resolver esta problemática planteada respecto de los destinatarios de los bienes fideicomitidos hay que acudir, necesariamente, a los principios generales que informan la normativa vigente del Código Civil. En efecto, aun partiendo de la esencial protección de las personas con discapacidad, no puede desatenderse, injustificadamente, la intangibilidad esencial de la legítima estricta de los herederos forzosos sin discapacidad. Por consiguiente, entiendo que deben ser fideicomisarios de los bienes fideicomitidos correspondientes a la parte de legítima estricta todos aquellos que tuviesen derecho a ella, sin que el fideicomitente pueda sujetar dicho derecho al cumplimiento de condición alguna. Por ejemplo, no sería admisible la condición de que el fideicomisario cuidara y atendiera adecuadamente al fiduciario con discapacidad, durante el tiempo en que éste viviera, estableciendo que, de no cumplir con tal cometido, los bienes fideicomitidos permanecerían en poder de este último, sus herederos o de quien hubiera previsto el testador. Ello supondría una causa de desheredación de hecho no prevista en el Código Civil, por lo que una tal condición debería considerarse nula y entenderse como no puesta en el testamento.

3. LA LEGALMENTE PERMITIDA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

3.1 Su concepción general en esta sede

Como vengo exponiendo, el vigente artículo 808.4.º CC habla de que, concurriendo un legitimario con 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»*. Por consiguiente, frente al sistema anterior, que únicamente establecía la facultad testamentaria de imponer una sustitución fideicomisaria general –sin poder de disposición de los bienes fideicomitidos–, ahora se contiene explícita-

²⁴ MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, p. 219. En cambio, por ejemplo, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 661, defiende que deberán ser todos los legitimarios sin discapacidad quienes recibirán «el remanente de los bienes hereditarios que no hubiese empleado el hijo en situación de discapacidad para la satisfacción de las necesidades propias, con el límite máximo de la porción de legítima estricta que corresponda a cada uno de ellos, sin perjuicio de que pudieran heredar una parte mayor por así disponerlo el hermano con discapacidad en su testamento o por vía *ab intestato* en su condición de hermanos del causante».

mente un fideicomiso de residuo, lo que implica que se ha reforzado mucho su contenido en perjuicio de los legitimarios no discapacitados²⁵. Como puede observarse, pues, en la actual regulación del artículo 808.4.º CC se contiene una determinación legal del carácter del fideicomiso a constituir, ya que si el testador no ha especificado cuál es la modalidad de sustitución fideicomisaria que ha previsto testamentariamente, ésta será la de residuo, por lo que el fiduciario beneficiario tendrá la facultad de disponer de los bienes recibidos en virtud del gravamen fideicomisario.

Ahora bien, lo que el actual artículo 808.4.º CC tampoco resuelve expresamente es qué tipo de fideicomiso de residuo configura, esto es, si se trata de un fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* («de aquello que deba quedar», pues debe quedar algo, necesariamente) o *si aliquid supererit* («si queda algo», pues puede que no quede nada). En principio, parece que el fideicomiso previsto en este precepto comentado supone más una modalidad de *si aliquid supererit*, ya que, el legitimario beneficiario puede disponer a título oneroso de todos los bienes recibidos en virtud de la sustitución fideicomisaria, sin más limitación que la de aplicar lo así obtenido a la satisfacción de sus propias necesidades. En ningún caso, como se explicará en apartados posteriores, este carácter de fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* derivará de que le pueda ser concedida al beneficiario la posibilidad de disponer de los bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* o por acto *mortis causa*.

En definitiva, a diferencia de lo que sucedía respecto de la anterior sustitución fideicomisaria ordinaria, en el actual fideicomiso de residuo el heredero fiduciario puede enajenar los bienes fideicomitidos y consumir la remuneración obtenida, lo que puede comportar una considerable reducción o, incluso, una extinción del importe de las legítimas estrictas de los coherederos forzosos sin discapacidad, con lo que se estaría agrediendo no únicamente su intangibilidad cualitativa sino también la cuantitativa²⁶, eso sí –recuerdo–, quedando a salvo en todo caso la legítima del cónyuge viudo (*ex art. 834 CC*).

Respecto de la naturaleza de esta figura, se podría discutir si se trata de una facultad o de una obligación del testador concurriendo

²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, *ARAJL*, 2005, p. 43, advertía que la posibilidad de que el testador pudiera dispensar al «incapacitado» fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo, era claramente erróneo, pues permitir «esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de ésta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado». En la actualidad, como expone CARRIÓN OLMO, *ÍDIBE*, 2021, p. 2, en «definitiva, soberano es el testador en cuanto al establecimiento de la sustitución, y soberano lo es asimismo para, estableciéndola, disponer que no lo sea de residuo. Modalidad esta “agravada” de sustitución fideicomisaria para los restantes legitimarios, pero sin duda mucho más favorable para el legitimario hijo en situación de discapacidad».

²⁶ *Vid. PÉREZ RAMOS, El Notario del siglo xxi*, 2021, p. 46.

legitimario o legitimarios con discapacidad. De acuerdo con el estudiado artículo 808.4.º CC, que habla concretamente de que el testador «podrá disponer», parece muy claro que se trata de una facultad concedida legalmente al causante y no de una verdadera obligación, aunque concurre un legitimario con discapacidad en la herencia. Por consiguiente, el testador, para favorecer a un legitimario con discapacidad, no tiene por qué acudir, necesariamente, a este fideicomiso de residuo que grava la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, pues puede optar por otras medidas. En efecto, el causante podría, por ejemplo, inclinarse por constituir un patrimonio protegido o conceder a dicho legitimario con discapacidad los tercios de mejora y de libre disposición hereditaria en plena propiedad, además de su legítima estricta²⁷, sin tocar la parte correspondiente a los demás legitimarios sin discapacidad.

3.2 ¿Se requiere que el testador haya dejado la mejora y la parte libre al legitimario discapacitado?

Debiendo protegerse, en lo posible, también en esta sede, la tradicional intangibilidad de la legítima estricta, la doctrina mayoritaria considera que el gravamen legitimario permitido en el artículo 808.4.º CC requiere, necesariamente, que el testador haya dispuesto del tercio de mejora a favor del fiduciario discapacitado, pues dicho gravamen legitimario únicamente puede justificarse *a mayor abundamiento* de protección patrimonial. Por tanto, se alega, carecería de sentido consentir un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados si el testador ha dispuesto que el tercio de mejora se distribuya a alguno o algunos de los descendientes sin discapacidad, legitimarios o no legitimarios, por igual o desigualmente. Lo mismo podría decirse respecto del tercio de libre disposición de la herencia que, además, podría dejarse a personas extrañas que no fueran parientes del testador²⁸. De este modo, que la sustitución beneficie al legitimario con discapacidad implicará que el testador pueda disponer a

²⁷ Por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 938, piensa que si al legitimario con discapacidad «se le atribuye en propiedad la mejora, más lo que le corresponda por legítima estricta y la parte de libre disposición obtendría una posición mucho más beneficiosa» que si se ordena por el testador el fideicomiso de residuo del artículo 808.4.º CC.

²⁸ *Vid.*, entre otros muchos autores, CERVILLA GARZÓN, 2021, *cit.*, pp. 694-695; MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, *cit.*, p. 100; MORENO FLÓREZ, 2014, pp. 1008-1009; NUÑEZ NUÑEZ, 2006, p. 680; etc. En cambio, mantienen que el testador no está obligado a atribuir el tercio de libre disposición a sus legitimarios con discapacidad designados como fiduciarios, por ejemplo, CARRIÓN OLmos, AJI, 2022, p. 3021; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, *cit.*, p. 405; MARTÍN SANTISTEBAN, RDP, 2022, p. 89; PLANAS BALLVÉ, RDC, 2022, *cit.*, p. 437; etc.

su favor, en caso de necesidad, de una mayor porción hereditaria que el máximo permitido por el artículo 808 CC. Por tanto, si el testador no atribuye al legitimario con discapacidad los tercios de mejora y de libre disposición, no resultará posible establecer la sustitución, esto es, la asignación de estos tercios es presupuesto para la validez del gravamen fideicomisario. Obsérvese que el testador difícilmente podrá evidenciar la fijación del gravamen en una supuesta necesidad si no agota todos los recursos que tiene a su alcance para mejorar la posición de ese legitimario con discapacidad con carácter previo a la afectación de la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad. Eso sí, se exceptúa el usufructo correspondiente al cónyuge supérstite, que no es incompatible con el gravamen fideicomisario de la legítima estricta (*ex art. 834 CC*).

Obsérvese que, en otro caso, la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados estaría sirviendo más bien para favorecer, indirectamente, a los extraños con el tercio libre y a otros descendientes, fueran o no legitimarios, con la mejora, en lugar de servir de instrumento sucesorio para beneficiar a los hijos o descendientes con discapacidad, propósito para el que, justamente, se estableció por el legislador. Además, de no ser así, podría provocar la desheredación tácita de los colegitimarios no discapacitados porque se verían obligados a soportar el gravamen del fideicomiso de residuo sobre su derecho legitimario, no en beneficio del fiduciario con discapacidad, sino en el de un tercero al que el causante dejó el tercio de libre disposición y/o en el de un descendiente, legitimario o no, al que le concedió el tercio de mejora²⁹.

Ahora bien, por estar al amparo también de la finalidad protectora del estudiado artículo 808.4.^º CC respecto del legitimario discapacitado –que implica mejorar su posición–, el causante sí que estaría facultado legalmente para realizar la previsión testamentaria de que las personas que atiendan a la persona con discapacidad durante toda su vida pudieran ser destinatarios exclusivos y definitivos del tercio de mejora –tratándose únicamente de descendientes del testador–, o de la parte de libre disposición de la herencia –respecto de cualquier cuidador, pariente o no, legitimario o no, del testador–³⁰.

²⁹ Ya lo advirtió, bajo la vigencia del régimen anterior a la Ley 8/2021, ALBIEZ DOHRMANN, 2013, p. 5728, al afirmar que el testador «podría servirse de esta solución con el único fin de relegar a los herederos forzados a la condición de meros sustitutos fideicomisarios (al modo de una cuasidesheredación encubierta)». *Vid.*, por ejemplo, respecto de los requisitos de la desheredación, VELA SÁNCHEZ, *ADC*, 2023, pp. 1001 ss.; y en 2024, pp. 236 ss.

³⁰ En el mismo sentido indicado en el texto, hay autores incluso que subrayan la posibilidad de que el causante disponga, a su libre arbitrio, del tercio de libre disposición, pues, además de la necesaria salvaguarda de las personas discapacitadas, «hay otros intereses del testador que también requieren protección. Por ejemplo, es usual que, entre sí, los

3.3 ¿Cuál es el alcance del gravamen legitimario respecto de los colegitimarios no discapacitados?

Ya respecto de la regulación anterior se entendía que el causante no podía distinguir a cuál de los fideicomisarios sin discapacidad afectaría el gravamen legitimario. Tampoco estaba facultado el testador para diferenciar entre ellos, de manera que pudiera imponer a alguno un mayor gravamen sobre su porción legitimaria que respecto de los otros. En definitiva, se mantenía que era inválido un gravamen legitimario parcial, mediante el cual alguno o algunos de los legitimarios no discapacitados sufrieran el aplazamiento en la adquisición de su derecho legitimario y, en cambio, otros percibieran su legítima íntegra al fallecimiento del causante³¹. Por consiguiente, el sacrificio patrimonial que supondría el gravamen legitimario no podría ser soportado únicamente por alguno o algunos de los colegitimarios no discapacitados. La razón de esta conclusión radicaba en que una tal disposición no solamente sería contraria a la finalidad de la norma, sino que, además, carecería de apoyo legal, sin olvidar que el legitimario con discapacidad no obtendría beneficios adicionales en estos supuestos.

En la actualidad, el vigente artículo 808.4.º CC no parece, en principio, contradecir esta doctrina pues sigue hablando de «*los demás legitimarios sin discapacidad*», lo que parece suponer que el gravamen legitimario, de establecerse, afectará por igual a todos los colegitimarios sin discapacidad. No obstante, en cuanto que la nueva redacción del artículo 808.4.º CC se refiere ahora a «*los que hubieren visto afectada su legítima estricta*», se plantea por algunos autores la eventualidad, perfectamente admisible a la luz de esta referencia legal relevante, de que el testador no grave la parte de legítima estricta de todos los colegitimarios sin discapacidad, pues este precepto ya no lo exige necesariamente³². Entiendo que esta última interpretación es la más adecuada, ya que el precepto persigue, esencialmente, el beneficio del legitimario discapacitado, quedando al criterio del testador la manera de satisfacerlo respecto del derecho de los colegitimarios sin discapacidad.

cónyuges se quieran dejar protegidos para que, en caso del fallecimiento de alguno, el otro no quede desamparado, sino más bien en una situación similar a la que tenía cuando ambos estaban vivos. Para ello, y como complemento de la irrisoria legítima viudal, se suele incluir el tercio de libre disposición como parte del derecho sucesorio de cada cual. Alternativa que no resulta perjudicial para el fiduciario incapacitado porque, de ser un descendiente común, será el cónyuge sobreviviente el que asumirá su cuidado, a la muerte del ascendiente testador» (ROBLES RAMOS, 2021, p. 361).

³¹ *Vid. NANCLARES VALLE, 2014, p. 145; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMOS, 2012, p. 121; etc.*

³² *Vid. CHAPARRO MATAMOROS, 2023, cit., p. 663, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, cit., p. 943, etc.*

Ahora bien, en cambio, la voluntad del causante será libre para disponer si la sustitución fideicomisaria de residuo gravará total o parcialmente la porción que a los colegitimarios no discapacitados les corresponde en el tercio de legítima corta. En efecto, si el legislador concedió al testador la libre facultad para decidir si establece o no un fideicomiso especial que grave todo el derecho legitimario de los colegitimarios sin discapacidad, parece lógico que tendrá la misma libertad para restringir ese gravamen legitimario a sólo una parte del mismo. Esta determinación del causante tendrá en cuenta qué porción legitimaria bastará para satisfacer las necesidades del legitimario fiduciario, consideración que, al mismo tiempo, beneficiará a los fideicomisarios no discapacitados quienes podrán obtener inmediatamente, al menos, una porción de los bienes hereditarios que conforman su legítima estricta.

3.4 ¿El gravamen también puede afectar a la legítima estricta del legitimario con discapacidad?

Mantiene en esta sede la doctrina mayoritaria³³ –criterio razonable con el que coincido– que la figura establecida en el artículo 808.4.º CC permite establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad, pero que quedará a salvo la porción perteneciente al legitimario con discapacidad, sobre la que, por aplicarse la regla general en sede de intangibilidad de la legítima, no podría existir ningún gravamen. Esta conclusión se extrae, de un lado, del propio precepto que, en su redacción actual, dispone que «*el testador podrá disponer a su favor de la legítima de los demás legitimarios sin discapacidad*». Asimismo, de otra parte, no puede olvidarse lo dispuesto en el mencionado artículo 782 CC que establece como postulado fundamental que las «*sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad*».

Parece, por tanto, pacífico mantener que la parte de legítima estricta que corresponde por ley al legitimario discapacitado la obtiene sin gravamen alguno, es decir, en plena propiedad y libre de cargas. Así, respecto de esta legítima estricta no habría posibi-

³³ *Vid.*, por ejemplo, APARICIO VAQUERO, 2022, *cit.*, p. 570. BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, *cit.*, p. 235, quien expone en este punto que el «legitimario con discapacidad beneficiado heredará su cuota de legítima estricta en propiedad, y la del resto de legitimarios sin discapacidad como fiduciario de residuo»; PANIZA FULLANA, 2022, *cit.*, p. 988, etc.

lidad de someterla a condición alguna, ni de imponerle ningún fideicomiso de residuo del que pudiesen ser destinatarios finales –respecto de los bienes fideicomitidos que quedaren al fallecimiento del legitimario con discapacidad– los colegitimarios no discapacitados. De este modo, como el fiduciario con discapacidad recibe su porción legitimaria libre de gravamen y en propiedad, a su muerte podrá transmitirla a sus propios sucesores, que no tienen que coincidir, obligatoriamente, con los colegitimarios no discapacitados que tenían la condición de sustitutos fideicomisarios de aquél. Se rechaza, por consiguiente, la consideración de que el legal fideicomiso de residuo del artículo 808.4.^o CC tiene por objeto el tercio íntegro de legítima estricta, puesto que no sería lógico que se permita gravar la porción correspondiente al legitimario fiduciario con discapacidad en dicha parte legitimaria con una figura jurídica que se estableció con la finalidad exclusiva de favorecerle.

No obstante, alguna doctrina especialista³⁴ no está de acuerdo con esta interpretación restrictiva del analizado artículo 808.4.^o CC que impide el gravamen de la legítima estricta correspondiente al legitimario con discapacidad. Entiende este sector doctrinal minoritario que depende de la libertad testamentaria del causante determinar si dicho gravamen legitimario afecta a todo el tercio de legítima estricta o solamente a una parte del mismo, esto es, la perteneciente a los colegitimarios sin discapacidad. El argumento que se esgrime por estos autores es, fundamentalmente, que si el beneficiado discapacitado va a poder recibir por este mecanismo testamentario del fideicomiso de residuo un valor superior al de la legítima que le correspondería legalmente, podría perfectamente aceptar el gravamen sobre su propia legítima estricta, que únicamente pasaría a sus colegitimarios no discapacitados si falleciese sin haberla necesitado para su subsistencia³⁵.

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, entre otros autores, MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, p. 217. También debe recordarse aquí lo que mantenía el gran maestro VALLET DE GOYTISOLO, *ADC*, 1963, p. 300, esto es, que, una vez deferida la legítima *mortis causa*, no debía haber inconveniente en que el legitimario aceptare el gravamen impuesto sobre la misma o renunciare a impugnar el mismo, lo que podría resultar no sólo de «palabras expresas sino también de demostraciones claras, sin expresión, declaración formal o incluso con silencio».

³⁵ Por otra parte, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 657, partiendo de que el artículo 808.4.^o CC «se asienta sobre una presunción *iuris tantum* de necesidad económica del legitimario con discapacidad», considera que «no concurriendo la referida necesidad, resultaría perfectamente posible que el testador gravase la porción de legítima estricta del legitimario con discapacidad cuya situación económica sea solvente y desahogada; tratándolo en consecuencia, como a un legitimario sin discapacidad más».

3.5 ¿Qué significa la expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*»?

Conforme a una interpretación extensiva de la expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*», el causante podría ensanchar el fideicomiso de residuo establecido en el artículo 808.4.º CC –hasta el punto de atribuir todos los bienes en propiedad al legitimario discapacitado–, puesto que así resultaría del tenor del propio precepto y de que el mismo se dispone en beneficio de la persona con discapacidad. De este modo, una primera consideración extensa permitiría al testador disponer la inexistencia de la sustitución fideicomisaria de residuo, pues el beneficio del legitimario discapacitado no debe revestir, necesariamente, la forma de sustitución fideicomisaria. Por consiguiente, con base en este primer inciso del precepto alegado, el causante podría conceder la totalidad de la herencia en concepto de plena propiedad, por lo que el legitimario con discapacidad haría suyos, definitivamente, todos los bienes hereditarios, de los que podría disponer por cualquier título, oneroso o gratuito, privándose a los legitimarios sin discapacidad de su legítima estricta. Es más, se alega que en estos supuestos el testador no estaría desheredando a los legitimarios no discapacitados, sino privándoles o gravándoles su legítima estricta, no por una conducta sancionada con la desheredación, sino porque beneficiar al legitimario con discapacidad es una de las causas fijadas por la ley para permitir dicha eliminación o imposición³⁶.

De otra parte, otra interpretación amplia abarcaría la constitución testamentaria de un fideicomiso de residuo ilimitado, esto es, que concediera al discapacitado beneficiado la posibilidad de disposición no sólo a título oneroso, sino, igualmente, a título gratuito por actos *inter vivos* o, incluso, *mortis causa*, comprendiendo la libre disposición testamentaria de los bienes fideicomitidos. Recuérdese en este punto que la RDGRN 26 de junio de 2017³⁷ hizo una interpretación amplia de la sustitución fideicomisaria de residuo, de manera que el testador podría permitir al fiduciario «disponer libremente tanto por actos *inter-vivos* como *mortis-causa*, por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y sólo cuando no haya dispuesto de todos

³⁶ BOTELLO HERMOSA, RDUNED, 2024, p. 86. En este sentido también, por ejemplo, APARICIO VAQUERO, 2022, *cit.*, p. 571, quien aboga por la posibilidad –por la finalidad esencialmente protectora de la persona con discapacidad que deriva del art. 808.4.º CC–, de que el testador conceda directamente al legitimario con discapacidad, sin sustitución fideicomisaria alguna y en propiedad, la legítima estricta de los herederos forzados no discapacitados, lo cual me parece excesivo.

³⁷ RJ 2017/3768.

los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho a dichos bienes, los sustitutos instituidos» (criterio reiterado por la RDGRN 19 de diciembre de 2020³⁸).

No obstante, hay que advertir ya que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido siempre muy restrictiva respecto de la extensión del fideicomiso de residuo en general. Así, por ejemplo, la STS (1.^a) 30 de octubre de 2012³⁹ recordaba que aunque «el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien *mortis-causa*, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario; por lo que, dentro de la previsión testamentaria, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo»; criterio que ya había mantenido la STS (1.^a) 13 de mayo de 2010⁴⁰ que declaró que las facultades dispositivas del fiduciario «han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar». Particularmente riguroso ha sido nuestro Alto Tribunal respecto de la posibilidad de que el fiduciario pueda disponer de los bienes fideicomitidos a título gratuito, disposición que debe entenderse con recelo, imponiéndose «una interpretación contraria a ello en caso de duda» [STS (1.^a) 22 de julio de 1994⁴¹]; de manera que en «relación con el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente» [STS (1.^a) 12 de febrero de 2002⁴²]; severidad que se extiende a la posibilidad de que el fiduciario pueda disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, pues, como dispuso la STS (1.^a) 7 de noviembre de 2008⁴³ [siguiendo, por ejemplo, a la STS (1.^a) 6 de febrero de 2002⁴⁴], aunque «lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero),... (debe entenderse) que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa* (Sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras)»; criterio acogido también en la llamada jurisprudencia menor, así, por ejemplo, en la SAP Islas Baleares (5.^a Civil) 17 de octubre de 2002⁴⁵, en

³⁸ RJ 2020/795.

³⁹ RJ 2013/2274.

⁴⁰ RJ 2010/3694.

⁴¹ RJ 1994/6578.

⁴² RJ 2002/3191.

⁴³ RJ 2008/7696.

⁴⁴ RJ 2002/993.

⁴⁵ JUR 2003/99356.

la SAP León (1.^a Civil) 22 de mayo de 2017⁴⁶ («... en tanto en cuanto la disposición testamentaria no atribuye un poder de disposición *mortis causa* al heredero fiduciario hemos de entender que solo se le atribuyó un poder disposición *inter vivos...*»; en la SAP Burgos (3.^a Civil) 29 de diciembre de 2017⁴⁷ («... en el fideicomiso de residuo las facultades de disposición concedidas (genéricamente) al fiduciario deben ser interpretadas restrictivamente»); etc.

Téngase en cuenta que si se concede al fiduciario la facultad de disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos más que un fideicomiso de residuo –establecido en esta sede para beneficiar a un legítimo con discapacidad en la medida que fuere necesario disponer de los bienes fideicomitidos–, tendríamos la llamada institución preventiva de residuo, cuya finalidad esencial es prevenir «un posible abintestato del heredero sustituido y establece para evitarlo una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo o de testar del mismo» [SAP León (2.^a Civil) 4 de noviembre de 2015]⁴⁸.

Este mismo criterio restrictivo respecto del alcance dispositivo del fideicomiso de residuo fue asumido por la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en la Resolución 9 de junio de 2015⁴⁹ (seguida, entre otras, por la Resolución 16 de julio de 2015⁵⁰), que concluye que si «no se le faculta expresamente en el testamento el heredero fiduciario no tiene facultades de disposición a título gratuito», ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*. Igualmente, dicha doctrina restringida ha sido acogida por la vigente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, entre otras, en las Resoluciones 2 de julio de 2020 y 14 de julio de 2022⁵¹, considerando esta última que, si el testador nada dice expresamente en el testamento, «el llamamiento ha sido de sustitución fideicomisaria de residuo con facultades de disposición *inter vivos* (y a título oneroso) tan solo...».

Una segunda interpretación de la expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*» vendría a concluir que la mayor amplitud de la facultad del testador se concretaría en ordenar un fideicomiso de residuo restringido a los actos *inter vivos* a título oneroso de todos los bienes fideicomitidos, lo que, ciertamente, supone una gran

⁴⁶ JUR 2017/171029.

⁴⁷ JUR 2018/62983.

⁴⁸ AC 2015/1731. *Vid.*, en este sentido, entre otros autores, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 726; ESCRIBANO TÓRTAJADA, *RCDI*, 2016, pp. 524-525; MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, 2020, p. 789, quien escribe que es «pacífico en la doctrina y jurisprudencia el criterio de que, salvo expresa declaración en contrario, la cláusula de residuo llevará consigo la prohibición de realizar actos *mortis causa* por parte del fiduciario...», etc.

⁴⁹ RJ 2015/3621.

⁵⁰ RJ 2015/4046.

⁵¹ RJ 2020/3030 y RJ 2022/5151.

libertad dispositiva⁵². Por tanto, el testador podría establecer un fideicomiso de residuo más limitado, por ejemplo, no autorizando todas las disposiciones onerosas, sino únicamente alguna de ellas – como sólo vender o hipotecar–, delimitando los bienes fideicomitidos que pueden ser dispuestos a título oneroso y excluyendo otros; o fijando un término o una condición a su subsistencia o a la posibilidad de disponer, etc. Entiendo, razonablemente, que debería ser ésta la explicación acertada de la expresión legal analizada, ya que es más acorde con el respeto a la tradicional intangibilidad de las legítimas en nuestro Derecho, sin abandonar la literalidad del precepto estudiado y su finalidad protectora del legitimario discapacitado. Además, considero que no estaría muy claro en qué mejoraría la posición del fiduciario legitimario con discapacidad el hecho de que el causante pudiera ensanchar el legal fideicomiso de residuo a los actos *inter vivos* gratuitos o a los *mortis causa* –lo que implicaría una verdadera institución preventiva de residuo incoherente en esta sede–⁵³.

Una posible limitación razonable a la disposición onerosa de los bienes fideicomitidos sería que concurriese justa causa que la justificara, como la situación de necesidad del discapacitado beneficiado. No obstante, obsérvese que esta restricción no está contenida en la redacción de este precepto y en el fideicomiso de residuo que permite establecer al testador a la legítima estricta, pues el legislador no ha fijado límites respecto de los actos dispositivos a título oneroso que son intrínsecos a dicho fideicomiso residual⁵⁴. Es más,

⁵² *Vid.* CARRIÓN OLmos, *IDIBE*, 2021, *cit.*, p. 46. La relevante SAP Toledo (2.^a Civil) 16 de mayo de 2018 (JUR 2018/189222) recuerda en esta sede que ningún reproche puede hacerse a los actos dispositivos reales y válidos si el «heredero tenía el poder de disponer por actos *inter vivos* y onerosos de la parte de los bienes heredados de que dispuso...».

⁵³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *RJN*, 2023, p. 21, concluye en esta línea apuntada en el texto que lo «que no creemos que pueda (el testador) es atribuir al fiduciario facultades de disponer a título gratuito o, por actos *mortis causa*, pues iría más allá del gravamen cualitativo de la legítima; tampoco podrá atribuir los bienes en pleno dominio»; y CARRIÓN OLmos, *AJL*, 2022, *cit.*, p. 3025, sostiene que parece «claro que la opción legislativa (es que)... si bien el *hijo beneficiado* no podrá disponer de los bienes *ni a título gratuito ni por acto mortis causa*, es claro que podrá hacerlo a título oneroso». Para BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, *cit.*, p. 231, en principio, el legislador español impone «como único límite al fiduciario con discapacidad a la hora de disponer el de no hacerlo *mortis causa* ni de forma gratuita, lo cual le faculta literalmente a hacerlo de forma onerosa sin ningún límite»; aunque, no obstante, después este autor admite que el «testador podrá, eso sí, de forma expresa, disponer como quiera de la legítima estricta en favor de su beneficiario, por lo que puede apostar perfectamente, por qué no, incluso por la institución preventiva de residuo» (*ibidem*, p. 241).

⁵⁴ Por ejemplo, MARTÍN SANTISTEBAN, *RDP*, 2022, *cit.*, p. 77, mantiene en esta sede que, a falta de indicación expresa del testador, «se entenderá que ha instituido un fideicomiso de residuo que faculta al fiduciario a disponer de todos los bienes que gravan la legítima, *inter vivos* y a título oneroso, y sin necesidad de que se dé situación de necesidad alguna por parte del fiduciario». Sin embargo, no faltan autores que, dada la especial naturaleza de este fideicomiso de residuo que afecta a la primordial y tradicional intangibilidad de la legítima, sustentan la exigencia de la concurrencia de una causa de necesidad para que pueda realizarse válidamente el acto dispositivo a título oneroso: «... quedaría excluido de la facultad dispositiva todo acto cuya finalidad no sea la de atender a la *necesidad* del

parece que tampoco los fideicomisarios no discapacitados podrían oponerse a la enajenación onerosa alegando la falta de necesidad de dicha disposición para el legitimario con discapacidad. A mi juicio, esta limitación está implícita en la facultad dispositiva a título oneroso, pudiendo el testador fijar este límite de la necesidad del fiduciario con discapacidad por ser también congruente con el espíritu protector de la norma. Además, como también debe protegerse en lo posible la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, para hacer más efectiva esta limitación dispositiva de la que hablo, es necesario que se haga un inventario de los bienes fideicomitidos y se establezca su partición e imputación en cada uno de los tres lotes de legítima estricta, mejora y parte libre. Así, si el legitimario con discapacidad tiene también adjudicada la mejora y la parte libre, su facultad dispositiva a título oneroso debería alcanzar, primeramente, a dichos tercios, de manera que sólo podría acudir a la porción de legítima estricta en última instancia.

Por otra parte, no faltan autores que mantienen, incluso, que el testador podría establecer una simple sustitución fideicomisaria y no un verdadero fideicomiso de residuo, esto es, sin que exista la posibilidad de que el fiduciario disponga de los bienes fideicomitidos, pues, se concluye, la «*disposición contraria del testador*» puede referirse también a la forma de la propia sustitución fideicomisaria que la ley permite establecer al causante⁵⁵, lo cual me parece, al menos, discutible.

3.6 Fallecido el legitimario fiduciario, ¿cuál es el destino del caudal relicto de lo obtenido por la enajenación *inter vivos* de los bienes fideicomitidos?

Partiendo, como se ha explicado anteriormente, de que el fideicomiso de residuo legal permite, como máximo, los actos *inter vivos* onerosos de todos los bienes fideicomitidos, cabe preguntarse qué sucederá con la contraprestación obtenida por el legitimario

discapacitado; interpretando tal término de acuerdo con el amplio concepto de alimentos debidos al menor de edad...» (CERVILLA GARZÓN, 2021, *cit.*, pp. 702-703); previsiblemente, el fiduciario podrá disponer sólo a título oneroso de los bienes fideicomitidos «a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra...» (CARRIÓN OLMOS, *AII*, 2022, *cit.*, p. 3025); «parece evidente que este fideicomiso de residuo se encuentra orientado a atender la necesidad del fiduciario, interpretando necesidad en sentido amplio, pues no se entendería de otra forma» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, pp. 76-77); etc.

⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, entre otros autores, BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2019, p. 2794; CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 671, quien expone que esa «disposición en contrario únicamente puede hacer referencia a la modalidad del fideicomiso, queriendo decir el legislador que cabe que el testador, mediante voluntad manifestada expresamente, configure una sustitución fideicomisaria ordinaria»; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 950, etc.

fiduciario si ésta permanece identificable en su caudal hereditario una vez fallecido. La solución adecuada debe ser que el fideicomiso comprenda tal remanente, pues parece que el artículo 808.4.^º CC quiere que pase a los fideicomisarios todo lo que no haya sido dispuesto en vida por el fiduciario con discapacidad, ya se trate de bienes o del importe recibido por ellos, en lo que no es más que una nueva aplicación de la clásica subrogación real. Recuérdese que idéntica subrogación real se produce, por ejemplo, en la figura del retorno sucesorio del artículo 812 CC cuando establece que si los bienes donados objeto de dicha reversión sucesoria «*hubieren sido enajenados, (los donantes retornantes) sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido...*».

Igualmente, este criterio extensivo del fideicomiso de residuo se aplicó por la trascendente y ya citada STS (1.^a) 30 de octubre de 2012⁵⁶ cuando dispuso que el «mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad *si aliquid supererit* (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador. En el presente caso, por lo demás, el precio de la venta realizada formaba parte del patrimonio del heredero fiduciario al momento de su fallecimiento, resultando posible su identificación»⁵⁷.

Además, sustentan esta última interpretación de la conservación de la contraprestación remanente, de un lado, la necesidad de protección, en lo posible, de la intangibilidad cuantitativa de las legítimas estrictas de los colegitarios gravados, y, de otro, la propia

⁵⁶ RJ 2013/2274.

⁵⁷ En cambio, GIL RODRÍGUEZ, *CCJC*, 2013, p. 6, critica esta Sentencia manifestando la «desconfianza hacia una subrogación real automática por considerarla contradictoria de la lógica de la figura de residuo... y debido a su (dis)cordancia con la opinión doctrinal más extendida, coincidente en que *es de esencia que el contenido-resultado de tales disposiciones no retornará al patrimonio inicial ocupando su lugar...*; o, dicho de otro modo, que ante todo hay que excluir un funcionamiento mecánico de la subrogación real en todos los casos de disposición a título oneroso de objetos pertenecientes a la herencia fideicomitida...». Este autor se refiere a la posición de GUTIÉRREZ JEREZ, 2005, p. 107. En igual sentido, por ejemplo, BOTELLO HÉRMOSA, *RCDI*, 2023, *cit.*, p. 239, sostiene en este punto que en «caso de haber dispuesto de todos (los bienes fideicomitidos) se quedarán entonces (los legítimarios sin discapacidad) sin heredar nada, ya que sobre los bienes que disponga el fiduciario se excluye completamente cualquier modalidad de subrogación real, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario al respecto», criterio que encontraría fundamento jurisprudencial en la ya indicada y relevante STS (1.^a) 7 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7696) y que confirma, entre otros autores, PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 439, quien afirma que en estos fideicomisos de residuo se «establece la prohibición de las transmisiones *mortis causa e inter vivos* gratuitas y la subrogación real».

ratio del precepto, pues puede observarse que este artículo 808.4.^o CC pretende la protección preferente de los intereses económicos del legitimario con discapacidad, de manera que si el fideicomiso no se extendiera a la contraprestación no agotada en vida, el beneficio ya no sería para el protagonista de la salvaguarda legal sino para sus propios herederos.

3.7 La cuestión de la premoriencia del fideicomisario al legitimario fiduciario con discapacidad

En el supuesto de que algún fideicomisario sobreviva al causante pero premuera al fiduciario, en una primera interpretación, nuestro Tribunal Supremo [por ejemplo, citada STS (1.^a) 13 de mayo de 2010⁵⁸] y también la Dirección General de los Registros y del Notariado (por ejemplo, mencionada también Resolución 16 de julio de 2015⁵⁹), habían entendido que el fideicomiso de residuo tiene un carácter condicional y, por consiguiente, en estas hipótesis, no habría transmisión de derechos. De este modo, no se aplicaría el artículo 784 CC («*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos*»), ni el artículo 799 CC («*La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento*»), sino el artículo 759 CC («*El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos*»). En definitiva, en estos posibles supuestos de premoriencia del fideicomisario al fiduciario no se transmitiría ningún derecho a los herederos de aquél, esto es, sería inaplicable el llamado *ius transmissionis* del artículo 1006 CC («*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*»).

Frente a este discutible criterio, la ya indicada STS (1.^a) 30 de octubre de 2012⁶⁰ [seguida en la jurisprudencia menor, por ejemplo, por la SAP Almería (1.^a Civil) 10 de febrero de 2015⁶¹], consagró la doctrina más acertada en esta sede de que el «llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. El fideicomisario, según el *ordo sucessivus*, o llamamientos a sucesivos herederos

⁵⁸ RJ 2010/3694.

⁵⁹ RJ 2015/4046.

⁶⁰ RJ 2013/2274.

⁶¹ AC 2015/1060.

como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (artículo 784 del Código Civil)».

Igualmente, la también aludida RDGSJFP 2 de julio de 2020⁶² (confirmando la postura, por ejemplo, de la RDGRN 27 de octubre de 2004⁶³), reafirma la doctrina de que el «derecho de los fideicomisarios se produce y adquiere desde la muerte del causante fideicomitente y se transmite a sus herederos (artículo 784 del Código Civil), adquiriendo el fideicomisario el derecho desde el momento de la muerte del fideicomitente causante, aunque fallezca antes que el fiduciario... Como ha puesto de relieve esta Dirección General, en los fideicomisos de residuo lo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido, es decir, no se condiciona la cualidad sino el *quantum* de la misma... Por tanto, en la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante fideicomitente, pero el contenido de la herencia será mayor o menor en función de los actos dispositivos del fiduciario. El fideicomisario, aunque solo tenga una expectativa, es heredero. En el fideicomiso de residuo hay cierta condicionalidad, pero no en el llamamiento, que es puro –de forma que el fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del causante y lo transmite a sus herederos– sino en el *quantum* de lo que se recibirá».

Obviamente, de mantenerse el carácter condicional del fideicomiso de residuo establecido en el artículo 808.4.º CC ello supondría la grave posibilidad de despojar al legitimario no discapacitado de su legítima estricta por un supuesto no contemplado legalmente. En efecto, el legitimario sin discapacidad que sobrevive al causante únicamente puede verse privado de su condición de heredero forzoso si libremente repudia la herencia o es declarado indigno para suceder o fue desheredado justamente en testamento, de manera que aplicarle el indicado artículo 759 CC implicaría una causa añadida de pérdida de la herencia por no haber sobrevivido al legitimario fiduciario con discapacidad.

Por consiguiente, debe preponderar la interpretación de que se aplicará en estos supuestos el artículo 784 CC –en el sentido indicado por las citadas STS (1.ª) 30 de octubre de 2012⁶⁴ y RDGSJFP 2 de julio de 2020⁶⁵–, entendiendo que el fideicomiso de residuo no es condicional porque el legitimario fideicomisario adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del causante –su llama-

⁶² RJ 2020/3030.

⁶³ RJ 2004/7807.

⁶⁴ RJ 2013/2274.

⁶⁵ RJ 2020/3030.

miento es cierto desde el fallecimiento del testador–, y realmente sólo está condicionado el *quantum* del residuo. Además, debe tenerse presente que una doctrina contraria vulneraría, injustificadamente, la legítima estricta del legitimario fideicomisario que sobrevivió al causante o fideicomitente, y ello en nada favorecería al legitimario fiduciario con discapacidad, sino sólo a sus propios herederos. En definitiva, a mi modo de ver, no se aplica en estos supuestos el artículo 759 CC sino el artículo 784 CC, por lo que si el legitimario fideicomisario premuere al legitimario fiduciario transmite su derecho a sus herederos respecto de los bienes fideicomitidos residuales con tal que sobreviva al testador o fideicomitente⁶⁶. Por tanto, la sustitución fideicomisaria de residuo no se extingue por el hecho de que el fideicomisario sin discapacidad hubiera premuerto al fiduciario discapacitado, siendo aplicable el ya citado artículo 1006 CC y procediendo aquí el llamado *ius transmissionis*. La sobrevivencia al testador es el único presupuesto imprescindible que debe cumplir el fideicomisario para poder adquirir su derecho a legítima estricta. De este modo, si alguno de los fideicomisarios premuere al fideicomitente, conforme al artículo 758.1.^º CC, no nacerá su derecho a la sucesión de éste, con el resultado de que su parte aumentará proporcionalmente la cuota correspondiente a los otros herederos forzosos en la legítima estricta, lo que, de acuerdo al artículo 985 CC, tendría lugar no por el derecho de acrecer sino por su derecho propio. Además, debe tenerse presente, finalmente, que el fideicomisario sin discapacidad hereda su derecho a la legítima estricta directamente del causante o fideicomitente, a pesar de que después percibirá los bienes fideicomitidos correspondientes a su parte a través de la intervención del legitimario fiduciario discapacitado.

Ciertamente, si quien premuere –o es indigno para suceder o renuncia a la herencia del testador–, es el legitimario fiduciario con discapacidad desaparecerá el gravamen testamentario en la parte de legítima estricta que corresponda a los colegitimarios no discapacitados –o, en su caso, a sus propios descendientes por derecho de representación–, pues ya no habría lugar al supuesto de hecho y a la facultad testamentaria protectora de las personas con discapacidad que regula la norma del artículo 808.4.^º CC⁶⁷.

⁶⁶ Criterio que comparten, entre otros autores, MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, p. 215 y PANIZA FULLANA, 2022, *cit.*, p. 994. Para la regulación anterior a la última reforma del Código Civil también mantenían esta posición, por ejemplo, MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, *cit.*, p. 126, NANCLARES VALLE, 2014, *cit.*, pp. 157-158, quien indicaba que el «derecho a la legítima del descendiente no incapacitado se mantendrá en su propia herencia y los bienes que conforman la misma pasarán a sus herederos y no a los del incapaz, cuando este muriera, cesara su incapacidad o se cumpliera el plazo dispuesto por el testador»; etc.

⁶⁷ En definitiva, lo que sucede en esta sede es, simplemente, que, por causa de la premoriencia, indignidad o renuncia del legitimario fiduciario con discapacidad, el gravamen de

3.8 La inaplicabilidad *ab initio* o la extinción sobrevenida del gravamen fideicomisario testamentario

Conforme al último párrafo del estudiado artículo 808 CC, 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*». Por consiguiente, queda meridianamente claro que para el legislador el ámbito de aplicación de esta medida excepcional de gravamen legitimario demanda que el sujeto beneficiado se halle en una especial situación de discapacidad certificada administrativamente al tiempo del otorgamiento del testamento en que se ordene la sustitución fideicomisaria e, igualmente, que debe mantenerse al tiempo de apertura de la sucesión hereditaria, so pena de ineficacia de la cláusula testamentaria que la disponga. De este modo, en el supuesto de que no exista tal discapacidad desde el principio o desaparezca *a posteriori* la condición incapacitante del legitimario fiduciario, cesaría el fundamento de la facultad testamentaria legalmente concedida al testador y quedaría sin efecto el gravamen legitimario, en su caso, sin efectos retroactivos. La doctrina considera que en esta hipótesis nos encontraríamos no ante un caso de nulidad parcial del testamento sino, más bien, ante un supuesto de ineficacia sobrevenida por incumplimiento de la condición resolutoria –o *conditio iuris* según otros autores–, que pendía sobre la disposición testamentaria de residuo, esto es, la inexistencia o la recuperación de la capacidad por el legitimario fiduciario, por lo que no podría mantenerse el correspondiente fideicomiso de residuo establecido sobre la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad⁶⁸.

la sustitución fideicomisaria no surtirá ningún efecto jurídico, es decir, se entenderá por no puesto el gravamen fideicomisario de residuo sobre el tercio de legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados concurrentes en la herencia deferida. En particular, coinciden en esta interpretación, entre otros muchos autores, COBACHO GÓMEZ, 2010, *cit.*, p. 375; GÓMEZ GÁLLIGO, *RCDI*, 2005, *cit.*, pp. 16-17; MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, *cit.*, p. 79; etc.

⁶⁸ *Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ*, 2023, *cit.*, p. 358, quien añade que la «recuperación de la capacidad por parte del fiduciario opera como condición resolutoria del gravamen, que desaparece»; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, *cit.*, p. 405; PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 441), que confirma que si «desaparece la condición de discapacitado en el hijo legitimario que es la *conditio iuris* de la institución, no surte efecto una sustitución vulgar, sino que el patrimonio gravado por esa sustitución fideicomisaria volverá los legitimarios no discapacitados». Respecto de la regulación anterior de nuestro Código Civil, RAGEL SÁNCHEZ, 2006, p. 2015, ya concluía que la «sustitución fideicomisaria prevista en el art. 808 III del CC está sometida... a una condición resolutoria (que) ...se identifica en que el fiduciario debe mantener la condición de incapacitado judicial para conservar el fideicomiso...»; y RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, AC, 2004, p. 366, resaltaba que si «la incapacitación termina antes del fallecimiento del causante desaparece la causa que habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, se tendrá por no puesta...».

Téngase muy en cuenta que este gravamen legitimario fijado en el artículo 808.4.º CC puede llevar a una verdadera desheredación de hecho de los legitimarios no discapacitados –en el supuesto de que la persona con discapacidad ejercite sus facultades dispositivas sobre todos los bienes fideicomitidos pertenecientes a la legítima estricta gravada–, por lo que la facultad testamentaria del causante debe estar, obligatoriamente, basada en la existencia comprobada de un legitimario con discapacidad suficiente a ojos de la ley⁶⁹.

3.9 La posible intervención de los legitimarios sin discapacidad en la partición de la herencia del causante y en la del legitimario fiduciario

La regla general en esta sede será la de que los colegitimarios sin discapacidad deben intervenir en la partición del patrimonio hereditario del causante –y también en el del legitimario fiduciario–, pues, al menos, habrán sido nombrados beneficiarios como sustitutos de residuo en la parte que les correspondía como legítima estricta. En estos supuestos, para prevenir futuros problemas en dicha partición de la herencia, esto es, que algún legitimario sin discapacidad se niegue a aprobar la misma alegando perjuicios injustificados, sería muy conveniente que el testador designara un contador-partidor en el propio testamento. Ahora bien, de no existir tal nombramiento por el causante, en la hipótesis de que algún legitimario sin discapacidad dificultase la partición hereditaria, el legitimario discapacitado, beneficiado por el gravamen legitimario, podría solicitar el nombramiento de un contador-partidor dativo, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1057 CC.

No obstante, quienes defienden la posibilidad –que entiendo exagerada– de que la disposición testamentaria puede suponer, definitivamente, la privación de la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad en beneficio del heredero forzoso con discapacidad –básicamente, por conceder a éste toda la herencia en propiedad o el derecho a disponer gratuitamente *inter vivos* o, incluso, *mortis causa* de los bienes fideicomitidos–, concluyen que, obvia-

⁶⁹ No obstante, ORTEGA DOMÉNECH, 2022, *cit.*, p. 122, sostiene, al amparo del actual artículo 808.4.º CC, que no es necesario que el fiduciario se encuentre en situación de discapacidad al tiempo del otorgamiento del testamento que fije la sustitución, sino que será suficiente, a estos efectos, «que exista previamente el deterioro de la persona para que el testador lo tenga en cuenta en su testamento». Por su parte, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 653, n. 21, considera que, desde «luego, si se admitiera este criterio teleológico, no habría mayor inconveniente en aceptar la validez de la sustitución efectuada en previsión de la futura situación de discapacidad de cualquiera de los legitimarios (incluso aunque no concurra en ellos ninguna discapacidad potencial), siempre y cuando aquélla tuviera lugar antes del fallecimiento del testador».

mente, en estas hipótesis, no tendría ningún sentido la intervención de aquéllos en la partición de la herencia del causante⁷⁰, y, mucho menos, en la del legitimario fiduciario con discapacidad.

II. LA DECISIVA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN ESTA MATERIA TRATADA

1. REFERENCIA A LAS LABORES NOTARIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE ESTE GRAVAMEN LEGITIMARIO

Además de funcionario, como jurista o profesional del Derecho, el Notariado debe asesorar a los causantes⁷¹, adecuar su voluntad a la legalidad vigente, indagando, interpretando e, incluso, completándola, si necesario fuere. Así, «tanto da, en cierto modo, decir que el Notario es un profesional del Derecho, dotado de funciones públicas, como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales» [RDGRN (Servicio del Notario) 16 de enero de 1996⁷²].

En consecuencia y en la materia que ahora me ocupa, debe procurarse que el testamento otorgado sea idóneo, legalmente, para alcanzar los propósitos prácticos que el causante persigue. De este modo, el Notariado tiene por trascendental misión el cuidado de los intereses privados de los sujetos intervenientes, esto es, debe procu-

⁷⁰ MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, pp. 219-220, quien añade que todo ello «sin perjuicio de la posible impugnación judicial en caso de apreciarse fraude, cuestión en la que en principio ni notarios ni registradores podemos inmiscuirmos, por lo que ha de plantearse en sede judicial». Además, MARÍN CALERO, 2005, p. 121, ya advertía que en «el caso de los legitimarios discapacitados hay otro problema añadido: que no serán admitidos por sí mismos a tales actos particionales, de modo que tienen que ser representados por otra persona. Pero tal persona es, de modo natural y según la ley, su padre o madre sobre-viviente, sólo que tampoco él o ella será admitido a la partición, en tal representación, por cuanto la existencia de bienes gananciales... le va a convertir con toda probabilidad en opositor a los intereses de su hijo...».

⁷¹ BARRIO DEL OLMO, 2022, *cit.*, p. 21 considera que esta «labor de asesoramiento es esencial en la función de los notarios como profesionales del Derecho». El Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) 10 de octubre de 2001 (JUR 2002/9645), estableció de forma clarificadora que: «En definitiva, el Notario en nuestro ordenamiento ejerce una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régimen de profesión liberal, sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran..., la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que pueda cometer –art. 347 del Reglamento– en el ejercicio de su actividad pública». La RDGSJFP 29 de octubre de 2020 (RJ 2020/5484) hablaba de que el Notario es un profesional muy cualificado «en derecho privado» y la RDGSJFP 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020/5473) admitió la «condición de profesional del derecho y funcionario público» del Notario. Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1.^a) 7 de mayo de 2019 (AS 2019/1667) destacó el carácter de funcionario público del Notariado, siguiendo la estela de la trascendente STC 207/1999, 11 noviembre.

⁷² RJ 1996/5041.

rar que puedan conseguir unos fines lícitos y que se basen en la verdad de las declaraciones efectuadas, en estos supuestos, en un testamento abierto (arts. 679 ss. del CC)⁷³. Como se ha visto ya, es evidente que el vigente artículo 808.4.º CC acentúa el principio de libertad de testar cuando el causante tenga hijos legitimarios con discapacidad, lo que resulta muy conveniente cuando el patrimonio hereditario sea indispensable para salvaguardar las atenciones del legitimario con discapacidad, y los demás colegitimarios no precisen los bienes hereditarios para subsistir. Ahora bien, en cuanto que la sustitución fideicomisaria de residuo fijada en el testamento puede implicar la privación de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, será fuente de contiendas judiciales cuando se use la norma para defraudar los derechos de tales legitimarios, sobre todo en los supuestos en los que el patrimonio hereditario sea muy cuantioso y pudiera resguardarse únicamente con una parte del mismo todas las necesidades del legitimario fiduciario con discapacidad⁷⁴.

Por otra parte, en la práctica notarial, en estos supuestos tratados, no debe descartarse la posibilidad de que el progenitor del legitimario con discapacidad deje a otros hijos no discapacitados la mayor parte de los bienes hereditarios, de manera que los frutos o intereses que generen o, en su caso, el dinero que pueda lograrse de su enajenación onerosa, puedan destinarse a cubrir las necesidades del heredero forzoso con discapacidad, obviándose, además, las restricciones existentes para la disposición de los bienes pertenecientes a una persona discapacitada. Eso sí, debe tratarse de supuestos en los que el causante confíe enteramente en los cuidadores del legitimario con discapacidad, en la segura creencia de que siempre le van a atender, incluso disponiendo de los bienes adquiridos si fuera inexcusable. Además, deben tenerse muy en cuenta las circunstancias concurrentes en el legitimario con discapacidad, de manera que si, por sus circunstancias personales, es muy posible que fallezca antes que los colegitimarios custodios –quienes recibirán los bienes hereditarios finalmente–, será conveniente que directamente se les dejen, eso sí, con la carga de atender a aquél durante toda su existencia, evitándose así importantes costes fiscales⁷⁵.

El Notariado también está obligado a prevenir, en la medida de lo posible, el surgimiento de conflictos jurídicos entre los distintos

⁷³ «Obviamente, poco fiable sería la actividad notarial si no respondiera a la verdad. Ésta es causa y fundamento de la fe pública notarial» (NAVAS OLÓRIZ, *RJN*, 2018, p. 133). *Vid. VELA SÁNCHEZ, ADC*, 2022, p. 427.

⁷⁴ MOSCOSO TORRES, *AASN*, 2022, *cit.*, p. 219.

⁷⁵ MOSCOSO TORRES, *AASN*, 2022, *cit.*, p. 213. En todo caso, como advierte, entre otros autores, ALCÁIN MARTÍNEZ, 2021, pp. 83-84, «en el articulado de la Ley 8/2021, de 2 de junio, son muy numerosas las referencias a la intervención del notario lo que constata la revalorización de la función notarial» en este ámbito.

interesados –esto es, eventuales reclamaciones de los colegitarios cuya legítima estricta se grava en beneficio de otro legitimario con discapacidad–, de manera que la redacción del testamento debe realizarse procurando evitar futuras intervenciones judiciales. Por ejemplo, una disposición que podría ser fuente de contienda judicial sería aquella que concediera el tercio de libre disposición a un extraño –que no tuviese la obligación de atender al discapacitado–, y los dos tercios de legítima –la estricta y la mejora– al legitimario con discapacidad, con la consiguiente privación de su legítima estricta a los legitimarios sin discapacidad. Aunque estas disposiciones testamentarias podrían, en su caso, ser permitidas por la jurisprudencia futura, no serían adecuadas la mayoría de las veces para mantener la paz familiar.

Por todo ello, una vez analizado el posible alcance de la escueta legalidad vigente en esta materia, ofreceré unas pautas para determinar una adecuada voluntad testamentaria que impida –dentro de lo posible, repito–, sangrantes contiendas judiciales a los interesados.

2. PROPUESTA DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS A FAVOR DE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD

Por ejemplo, unas cláusulas admisibles y pertinentes serían:

«Teniendo presente que mi hijo/a (o mi descendiente legitimario/a)... tiene una discapacidad (física o psíquica) del... % (según resolución administrativa...)»

(Primera Opción) lo/la instituyo heredero/a y le lego en plena propiedad su parte de legítima estricta y los tercios de mejora y de libre disposición de mi herencia.

(Segunda Opción) lo/la instituyo heredero/a y le lego en plena propiedad su parte de legítima estricta, concediendo el tercio de mejora a... (debe tratarse de un descendiente) y el tercio de libre disposición a... (puede tratarse de cualquier persona) con la carga de atender a mi legitimario/a con discapacidad durante toda su vida, para lo que deberán disponer, si necesario fuere, del patrimonio hereditario recibido.

Asimismo, dispongo que la legítima estricta (o la mitad, un tercio, etc.) de todos mis descendientes sin discapacidad quede gravada con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de mi legitimario/a con discapacidad..., pudiendo éste/a, una vez consumidos los bienes correspondientes a la parte de mejora y de parte libre, disponer a título oneroso de los bienes fideicomitidos sólo en caso de necesidad justificada y nunca por actos a título gratuito ni mortis causa.

A la muerte de mi legitimario/a con discapacidad..., el remanente que quedare de los bienes fideicomitidos o de su contraprestación si hubieren sido enajenados pasará por partes iguales a los fideicomisarios, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes.

Si al tiempo de mi fallecimiento sobreviene la situación de discapacidad de cualquiera de mis legitimarios/as no discapacitados/as al otorgamiento del testamento se les aplicará el mismo régimen establecido en él. Si lo que sucediere fuere que ya no existiera la discapacidad o que desapareciera posteriormente, quedará sin efecto el gravamen legitimario, en su caso, sin efectos retroactivos.

A los efectos de la partición hereditaria nombro contador-partidor a D./Dña....».

III. CONCLUSIONES

- La facultad testamentaria de gravar la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad con un fideicomiso de residuo a favor de legitimario discapacitado (*ex arts. 782 y 808.4.º del CC*), tiene su fundamento en la necesaria protección de las personas con discapacidad, según lo dispuesto en nuestra Constitución española (*ex arts. 10 y 49*).
- Si el legitimario con discapacidad no puede aceptar por sí mismo –ni siquiera con apoyos– el beneficio testamentario, la aceptación por representante requerirá autorización judicial sólo si puede dar lugar a responsabilidad *ultra vires hereditatis* (*ex art. 287.5.º CC*).
- Pueden ser beneficiarias aquellas personas que tengan una discapacidad no sólo psíquica –igual o superior al 33 %–, sino también física o sensorial –igual o superior al 65 %–, lo que requerirá la correspondiente resolución administrativa, que no resolución judicial. Además de discapacidad parece lógico que debe concurrir necesidad económica derivada de la misma.
- Los legitimarios no discapacitados cuya legítima estricta haya sido gravada testamentariamente pueden negar la discapacidad del beneficiado con el fideicomiso de residuo, o la inexistencia de necesidad económica, aunque les corresponda la carga de la prueba (*ex art. 808.5.º CC*).
- Sólo pueden ser beneficiarios de este gravamen legalmente permitido los legitimarios con discapacidad que sean descendientes, por tanto, quedan fuera los ascendientes y el cónyuge supérstite del causante, aunque el gravamen legitimario debe respetar la legítima de éste (*ex art. 834 CC*).
- En principio, el beneficiado por el gravamen legitimario debe ser hijo del causante, aunque podría serlo el descendiente ulterior con discapacidad que llegara a ser legitimario por

representación en caso de premoriencia (art. 925.1.º CC), indignidad sucesoria (art. 761 CC) o desheredación justa (art. 857 CC) de su progenitor.

- Si concurre más de un legitimario con discapacidad, el causante podrá igualar el beneficio concedido a cada uno o diferenciarlo, incluso atribuirlo únicamente a quien considerare conveniente, eso sí, al tratarse también de personas discapacitadas su propia legítima estricta no podría ser gravada.
- Atendidos los principios que informan la normativa vigente, los destinatarios de los bienes fideicomitidos –correspondientes a la parte de legítima estricta gravada–, que quedaren al fallecimiento del legitimario fiduciario con discapacidad, deben ser todos los fideicomisarios gravados, sin que el fideicomitente pueda sujetar su derecho al cumplimiento de condición alguna, por ejemplo, la de que el fideicomisario no discapacitado atienda adecuadamente al legitimario fiduciario con discapacidad durante toda su vida.
- La constitución testamentaria de un fideicomiso de residuo que grave la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad supone una facultad concedida legalmente al causante (*ex art. 808.4.º CC*) y no una obligación, por lo que, aunque concurre legitimario discapacitado el testador no queda forzado a constituir el gravamen, pues caben otras opciones, como constituir un patrimonio protegido, concederle la mejora y la parte libre, etc.
- Debiendo protegerse, en lo posible, la tradicional intangibilidad de la legítima estricta, hay que hacer dos consideraciones respecto del gravamen legitimario:
 - 1.^a Se requiere que el testador haya dispuesto de los tercios de mejora y parte libre a favor del fiduciario con discapacidad. Eso sí, por obedecer a la misma finalidad protectora del artículo 808.4.º CC, el causante podría conceder dichos tercios a los cuidadores en vida del discapacitado, tratándose de descendientes del testador –en cuanto a los dos tercios– o de cualquier persona –respecto del tercio de libre disposición–.
 - 2.^a Parece que no tiene que afectar por igual a todos los legitimarios sin discapacidad, aunque, en función de las necesidades del legitimario discapacitado, el testador es libre para disponer que el gravamen establecido recaiga sobre la totalidad o sólo sobre una parte de la legítima estricta.

- La parte de legítima estricta que corresponde por ley al legitimario discapacitado la obtiene en plena propiedad y sin posibilidad de someterla a condición alguna, ni de imponerle ningún fideicomiso de residuo (*ex arts. 782 y 808.4.º del CC*).
- La expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*» debe entenderse en el sentido de que lo máximo que puede ordenar el causante es un fideicomiso de residuo concretado a los actos *inter vivos* a título oneroso de los bienes fideicomitidos, por lo que cabría uno más restringido, por ejemplo, delimitando los bienes disponibles, fijando una condición para disponer –concurrencia de justa causa–, etc. No se ajustaría a la finalidad protectora de la norma un fideicomiso de residuo con facultad de disponer a título gratuito ni *mortis causa*.
- Una posible limitación razonable a la disposición onerosa de los bienes fideicomitidos sería que concurriese justa causa que la justificara, como sería la situación de necesidad del discapacitado beneficiado. Además, si el legitimario con discapacidad tiene también adjudicada la mejora y la parte libre, su facultad dispositiva a título oneroso debería alcanzar, primariamente, a dichos tercios.
- Partiendo de la *ratio* protectora del gravamen del artículo 808.4.º CC y de la salvaguarda, en lo posible, de la legítima estricta, los colegitimarios fideicomisarios recibirán lo que quede en el caudal hereditario del fiduciario fallecido, tanto bienes, como el remanente identificable de la contraprestación obtenida por las disposiciones onerosas realizadas.
- Coinciendo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y con la actual DGSJFP en que el fideicomiso de residuo no es condicional, el legitimario fideicomisario que premuera al fiduciario discapacitado puede transmitir su derecho a sus herederos, con tal que sobreviva al causante, por el *ius transmissionis* del artículo 1006 CC (en relación con el art. 784 CC). Si el legitimario fiduciario con discapacidad premuere al testador desaparecerá el gravamen legitimario establecido en el testamento.
- Por incumplimiento de la condición resolutoria que pende sobre el fideicomiso de residuo establecido por el testador, en el supuesto de que no exista la discapacidad del legitimario *ab initio* o desaparezca *a posteriori*, quedará sin efecto la disposición testamentaria del gravamen fideicomisario, en su caso, sin efectos retroactivos.

- Los colegitimarios sin discapacidad deben intervenir en la partición de la herencia del causante –también en la del legitimario fiduciario–, como sustitutos de residuo en la parte que les correspondía como legítima estricta, siendo conveniente para prevenir futuros problemas particionales el nombramiento de contador-partidor en el mismo testamento.
- En la constitución de este legal y voluntario gravamen legitimario el Notariado debe:
 - 1.º Procurar que el causante pueda conseguir unos fines lícitos y basados en la verdad, por lo que, en cuanto la legal sustitución fideicomisaria de residuo puede implicar la privación total de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, debe evitar, en lo posible, que se use la norma para defraudar los derechos legitimarios de estos.
 - 2.º Advertir al testador de la posibilidad alternativa de conceder a los cuidadores del legitimario discapacitado –si confía plenamente en ellos–, la mayor parte de la herencia posible, lo que facilitaría su disposición onerosa en caso de necesidad y, en su caso, ahorraría costes fiscales.
 - 3.º Prevenir futuras contiendas judiciales, avisando al causante de que no se debería gravar la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, a la vez que se dispone incoherentemente de los tercios de mejora y de libre disposición.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, pp. 37-48.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Comentario al artículo 782 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (dir.), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5728-5735.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza: «Modificación de la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. Guilarte Martín-Calero (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 82-98.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria», en *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, J. P. Murga Fernández y M. García Mayo (coords.), M. Lerdo de Tejada y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 355-373.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «Comentarios a los artículos 782, 808 y 813. II del Código civil», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en*

- materia de discapacidad*, M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 569-575.
- BARBA, Vincenzo: «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», *La Ley-Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021 (ejemplar dedicado a La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 34-69.
- BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar: «La función notarial tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021», en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, R. M.ª Moreno Flórez (dir.), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 19-35.
- BERNARD MAINARD, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad, en algunos aspectos del Derecho de Sucesiones: porción legítima, aceptación y repudiación de herencia, colación y partición», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, enero-marzo, 2024, pp. 241-268.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio: «Motivos jurídicos para cuestionarnos si el testador puede dejarle toda la legítima estricta a un descendiente legitimario con discapacidad», *Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 2024, pp. 77-109.
- «La legítima estricta ¿colectiva? Tras la Ley 8/21», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 795, 2023, pp. 227-271.
- «La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2783-2804.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario al artículo 806 CC», en *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (coord.), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7761, pp. 1-11. [Última consulta: 11 de diciembre de 2023].
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario al artículo 783 del Código civil», en *Código Civil Comentado*, A. Cañizares Laso y otros (dirs.), Volumen II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 726-733.
- CARRIÓN OL莫斯, Salvador: «Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código civil español?», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 16, 2, 2022, pp. 3010-3039.
- «Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los artículos 782 y 808 del Código Civil tras su redacción por la Ley 8/21, de 2 de junio», *IDIBE: Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2021, pp. 1-6.
- CERVILLA GARZÓN, M.ª Dolores: «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (dirs.), Gil Membrado, Cristina y Pretel Serrano, Juan José (coords.), Wolters Kluwer España, Madrid, 2021, pp. 691-706.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en favor del legitimario con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, A. Arrébola Blanco (dir.), Reus, Madrid, 2023, pp. 641-678.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado», en *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebollo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 359-378.

- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 725-800.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. Guilarte Martín-Calero (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 933-952.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, J. Pérez de Vargas Muñoz, M. Pereña Vicente (coords.), vol. 1, Wolters Kluwer España, Madrid, 2011, pp. 853-938.
- «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y Derecho de habitación», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 16, 2, 2008, pp. 265-319.
- «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, 18 de noviembre)», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M., Amat Llari, M.ª E. (coords.), vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1045-1062.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio», en *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, E. Llamas Pombo y otros (dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 369-420.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del descendiente incapacitado judicialmente: algunos problemas que plantea», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, M. Espejo Lerdo de Tejada y otros (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 395-411.
- «La sustitución fideicomisaria: notas sobre algunas cuestiones prácticas que plantea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 514-534.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «En defensa de la legítima del Código Civil», en *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo xxi*, A. Arrébola Blan-
co (dir.), vol. 1, Reus, Madrid, 2023, pp. 97-148.
- *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch Wolters España, Madrid, 2020.
- «Comentario al artículo 808 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, A. Cañizares Laso y otros (dirs.), Volumen II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 789-799.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: «Los desafíos del nuevo modelo de discapacidad y las reticencias para aceptar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, intelectual o psicosocial», en *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, J. P. Murga Fernández y M. García Mayo (coords.), M. Lerdo de Tejada y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 27-41.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Comentario a la Sentencia de 30 de octubre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, Aranzadi Institucio-
nes, BIB 2013/2294, pp. 1-12 [Última consulta: 21 de noviembre de 2023].
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, pp. 11-30.

- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas», en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, R. Casado Raigón, I. Gallego Domínguez (coords.), vol. 2, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 697-710.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: *La subrogación real*, Colegio Notarial de Granada, Granada, 2005.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapacitado», en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Lledó Yagüe, Francisco, Ferrer Vanrell, M.ª Pilar y Torres Lana, José Ángel (dirs.), Monje Balmaseda, Óscar (coord.), Volumen 1, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 805-836.
- JARILLO GÓMEZ, Juan Luis: «Sustitución fideicomisaria a favor del hijo discapacitado», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, M.ª B. Fernández González (coord.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 115-136.
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 20, 2005, pp. 179-272.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 116, 2023, pp. 11-56.
- MAGARIÑOS BLANCO, Víctorio: *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2018.
- MARÍN CALERO, Carlos: *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- *La aceptación de la herencia a beneficio de inventario*, Aferré Editores, Barcelona, 2021.
 - *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2005.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa: *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57, 2022, pp. 73-89.
- MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro: *Tratado de Derecho de Sucesiones: común, foral, internacional y fiscal: ab ovo usque ad mala*, La Ley, Madrid, 2020.
- MORENO FLÓREZ, Rosa M.ª: «La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado», en *Estudios de Derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, M. Herrero Oviedo, A. Domínguez Luelmo, M.ª P. García Rubio (dirs.), Wolters Kluwer España, Madrid, 2014, pp. 1003-1024.
- MOSCOSO TORRES, Ramón M.ª: «Disposiciones gratuitas a favor de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio. Referencia al patrimonio protegido», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXXI: Ciclo de conferencias cursos 2020-2022, 2022, pp. 207-246, <https://justis.vlex.com/#sources/38878> [Última consulta: 14 de octubre de 2024].
- NANCLARES VALLE, Javier: «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, A. Muñoz Fernández, C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 121-160.

- NAVAS OLÓRIZ, J. Ignacio: «Derecho a la verdad. Su encarnación notarial y constitucional», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 123-141.
- NUÑEZ NUÑEZ, María: «Algunas reflexiones –negativas– al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, J. Pérez De Vargas Muñoz (coord.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 673-684.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: «Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 junio», en *Modificaciones sucesorias, capacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Represa Polo, M.ª Patricia (Coord.), Reus, Madrid, 2022, pp. 87-163.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «La reformulación del alcance de la sustitución fideicomisaria de los legitimarios discapacitados», en *Reformas legislativas para el Apoyo a las Personas con Discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledó Yagüe, Francisco y otros (coords.) Dykinson, Madrid, 2022, pp. 983-1008.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Incidencia de la Ley 8/21 sobre las sustituciones hereditarias», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 99, 2021, pp. 42-49.
- PLANAS BALLVÉ, María: «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: Instrumento de protección al hijo con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 429-444.
- PUIG FERRIOL, Luis: «Protección del discapacitado: Aspectos sucesorios», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, pp. 281-303.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M., Amat Llari M.ª E. (coords.), vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1995-2016.
- ROBLES RAMOS, Karin J.: *Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*, Dykinson, Madrid, 2021.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004, pp. 357-369.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código Civil (II)», en *Tratado de legítimas*, Teodora Felipa Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87-151.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias con opción compensatoria de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, núm. 2, 1963, pp. 281-344.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José:
- *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia y de Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2024.
 - «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. III, julio-septiembre, 2023, pp. 989-1040.
 - «La fijación de la donación como no colacionable y la cláusula testamentaria del pago de legítima en vida del causante: dos declaraciones de parte que el

- Notariado, en lo posible, debería evitar», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, abril-junio, 2022, pp. 423-473.
- «¿Cómo amparar a los descendientes del legitimario que repudia en una sucesión testada?», *Diario La Ley*, núm. 9678, julio, 2020, pp. 1-18.
 - «La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio, 2022, pp. 227-264.
 - «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2018, pp. 333-360.

RESOLUCIONES JUDICIALES EMPLEADAS

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 207/1999, de 11 de noviembre, Ponente D. Pablo García Manzano (puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-23949>).

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (1.^a Civil) 30 de octubre de 2012, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2013/2274).
- STS (1.^a Civil) 13 de mayo de 2010, Ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2010/3694).
- STS (1.^a Civil) 7 de noviembre de 2008, Ponente D. Antonio Salas Carceler (RJ 2008/7696).
- STS (1.^a Civil) 28 de septiembre de 2005, Ponente D. José Ramón Ferrández Gabriel (RJ 2005/7154).
- STS (1.^a Civil) 12 de febrero de 2002, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002/3191).
- STS (1.^a Civil) 6 de febrero de 2002, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2002/993).
- STS (1.^a Civil) 22 de julio de 1994, Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994/6578).

3. AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- AAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) 10 de octubre de 2001 (JUR 2002/9645).

4. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

- STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1.^a) 7 de mayo de 2019 (AS 2019/1667).

5. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Toledo (2.^a Civil) 16 de mayo de 2018 (JUR 2018/189222).
- SAP Burgos (3.^a Civil) 29 de diciembre de 2017 (JUR 2018/62983).
- SAP León (1.^a Civil) 22 de mayo de 2017 (JUR 2017/171029).
- SAP León (2.^a Civil) 4 de noviembre de 2015 (AC 2015/1731).
- SAP Almería (1.^a Civil) 10 de febrero de 2015 (AC 2015/1060).
- SAP Islas Baleares (5.^a Civil) 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/99356).

6. RESOLUCIONES DE LA ANTIGUA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución 19 de diciembre de 2020 (RJ 2020/795).
- Resolución 26 de junio de 2017 (RJ 2017/3768).
- Resolución 16 de julio de 2015 (RJ 2015/4046).
- Resolución 9 de junio de 2015 (RJ 2015/3621).
- Resolución 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7807).
- Resolución (Servicio del Notario) 16 de enero de 1996 (RJ 1996/5041).

7. RESOLUCIONES DE LA ACTUAL DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución 14 de julio de 2022 (RJ 2022/5151).
- Resolución 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020/5473).
- Resolución 29 de octubre de 2020 (RJ 2020/5484).
- Resolución 2 de julio de 2020 (RJ 2020/3030).