

Revista Jurídica del Notariado



JUL-DIC 24

N FUNDACIÓN
NOTARIADO

Nº 119

RJN

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JUL-DIC 24
Revista semestral



119

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Suscripción y distribución:

FUNDACIÓN NOTARIADO

C/ Silvano, 55 - 28043 Madrid - España

Tf. 913 087 232

revistajuridica@notariado.org

<https://www.fundacionnotariado.org/portal/revista-rjn>

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica con las opiniones expresada por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

Ilustración de cubierta: “*Sede del Consejo General del Notariado*” de Jorge Gallego (www.jorgegallego.es)

© FUNDACIÓN NOTARIADO

Calle Silvano, 55 - 28043 Madrid

Correo de contacto: publicaciones@fundacionnotariado.org

Edita: FUNDACIÓN NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

ISSN (versión digital): 2695-8236

Depósito legal: M-8652-2012

Preimpresión: Outdesign, Publishing Services

Impreso en España / Printed in Spain

Esta revista está incluida en los siguientes servicios de indexación:

- Dialnet / Métricas (IDR)
- CIRC
- REBIUN

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE HONORARIO:

Víctor Manuel Garrido de Palma

COMITÉ CIENTÍFICO:

- **Victorio Magariños Blanco.** Notario y miembro de la Comisión General de Codificación (Coordinador).
- **Sergio Cámara Lapuente.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Alfonso Ventoso Escribano.** Notario y Registrador. Doctor en Derecho.
- **Francisco Lledó Yagüe.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Silvia Díaz Alabart.** Catedrática de Derecho Civil. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- **José Luis Merino Hernández.** Notario. Miembro de la Comisión General de Codificación. Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Aragón.
- **Ana Fernández-Tresguerres García.** Notario. Registradora. Académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- **José Ángel Martínez Sanchiz.** Expresidente del CGN. Notario. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Manuel García Mayo. Profesor Titular de Derecho Civil.

COMITÉ EVALUADOR:

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Catedrático de Derecho Civil (Coordinador).

COMITÉ DE DIRECCIÓN:

Carlos Jiménez Gallego

Francisco José Aranguren Urriza

Carlos Pérez Ramos (Coordinador)

Revista Jurídica del Notariado

Periodicidad semestral

Número 119

julio-diciembre 2024

SUMARIO



LA TRIBUNA

La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad	13
Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez	

DERECHO NOTARIAL

ESTUDIOS DOCTRINALES

Los actos de autoprotección desde el catalejo notarial: especial referencia al Derecho cubano	59
Leonardo B. Pérez Gallardo	

PRÁCTICA JURÍDICA

La función notarial de apoyo a las personas con discapacidad: especial referencia a la digitalización notarial	97
Esther Alba Ferré	

DERECHO CIVIL

ESTUDIOS DOCTRINALES

Amarres privados perpetuos en puertos y marinas 155
Rafael Rivas Andrés

Los sujetos en la sustitución fideicomisaria a favor de descendientes con discapacidad 189
Carlos Cuadrado Pérez

Notas críticas sobre la reciente interpretación jurisprudencial de la curatela como medida de apoyo judicial a las personas con discapacidad 249
Alejandro Platero Alcón

PRÁCTICA JURÍDICA

La entrega de la posesión de los bienes legados. Problemas prácticos que plantea y propuestas de reforma de la regulación actual 305
María de Mar Manzano Fernández

El plazo de ejercicio de las acciones de protección cuantitativa de la legítima 343
Nieves Rojano Martín

Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo 389
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Líneas maestras del nuevo sistema aragonés de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) 459
Aurora López Azcona

PANORAMA

RECENSIONES

Recensión de La sucesión hereditaria tras la partición. La responsabilidad de los coherederos, Camino Sanciñena Asurmendi y Clara Gago Simarro (Dirs.), La Ley, Madrid, 2024 499
Carlos Pérez Ramos

Recensión de Realidad (social) y norma (jurídica): la interpretación sociológica o evolutiva en Derecho Privado, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Aranzadi, Navarra, 2023, 158 páginas 505
Alberto Sáenz de Santa María Vierna

Derecho civil



ESTUDIOS DOCTRINALES

PRÁCTICA JURÍDICA

LOS SUJETOS EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A FAVOR DE DESCENDIENTES CON DISCAPACIDAD¹

THE PARTIES TO THE TRUSTEESHIP IN FAVOUR OF DESCENDANTS WITH DISABILITIES

Carlos Cuadrado Pérez

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: desde 2003, para beneficiar a los descendientes con discapacidad, el artículo 808 del Código Civil permitía establecer un fideicomiso ordinario sobre la legítima del resto de legitimarios. Esta interesante facultad no gozó de verdadero impacto social, ya que eran muchas las dudas que la lastraron, como consecuencia de su defectuosa redacción. Este precepto ha sido reformado por la Ley 8/2021, que ha introducido, por primera vez en nuestro ordenamiento, el fideicomiso de residuo. Sin embargo, las perspectivas no son halagüeñas, porque nos hallamos frente a un claro ejemplo de actividad legislativa disfuncional: en lugar de haber arrojado luz sobre esta materia, el legislador ha propiciado más incertidumbre. En este trabajo nos ceñimos a los aspectos subjetivos de este precepto, donde resultan innumerables las cuestiones problemáticas sin respuesta por el legislador.

Palabras clave: legítimas, legitimarios, descendiente con discapacidad, sustitución fideicomisaria, fideicomiso de residuo, fideicomitente, fiduciario, fideicomisario, reforma de las legítimas.

Abstract: since 2003, in order to benefit descendants with disabilities, article 808 of the Spanish Civil Code has allowed for the establishment of ordinary trusts over the reserved portion belonging to the other forced heirs. This interesting provision did not have any real social impact, as many

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 “Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos”, de la convocatoria 2022 de los “Proyectos de Generación de Conocimiento” del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente

doubts weighed it down as a result of its defective drafting. This article has been reformed by the Law 8/2021, which has introduced, for the first time in our legal system, the residuary trust. However, the prospects are not encouraging, insofar as this is a clear example of dysfunctional legislative activity: instead of shedding light on this matter, the legislator has fostered further uncertainty. In this paper we confine our research to the subjective aspects of the aforementioned article, where countless issues remain unanswered by the legislator.

Keywords: forced portion/forced heirship/reserved portion of the inheritance/*legítima portio/portio debita*, forced heirs, descendant with disability, trust/trusteeship, residuary trust, settlor, fiduciary, trustee/beneficiary, reform of the forced portion/amendment of the forced portion.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PLANTEAMIENTO

III. FIDEICOMITENTE

1. El testador
2. ¿Puede serlo el cónyuge viudo *ex artículo 831 CC*?

III. FIDUCIARIO

1. Personas en situación de discapacidad
 - 1.1. Precisiones conceptuales
 - 1.2. Aspectos temporales
 - 1.3. Sustitución fideicomisaria bajo condición suspensiva
2. ¿Hijos o legitimarios?
 - 2.1. Planteamiento de la dicotomía
 - 2.2. Gestación del reformado texto de los artículos 782 y 808 CC
 - 2.3. Conclusión personal
3. Exclusión del cónyuge viudo y de los ascendientes
4. Pluralidad de descendientes legitimarios en situación de discapacidad
 - 4.1. Facultades en la designación por el fideicomitente
 - 4.2. Cofiduciarios simultáneos y sucesivos
 - 4.3. Ineficacia de alguno de los llamamientos como fiduciario
5. Cuando existe un único fiduciario designado
6. Si concurren varios fiduciarios

IV. FIDEICOMISARIO

1. Requisito: ausencia de discapacidad
2. Pluralidad de posibles fideicomisarios

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En una etapa avanzada de la vida, la persona suele tomar conciencia de su mortalidad y del carácter efímero o fugaz de su tránsito por la vereda de su propia existencia. Lo más común es verse alcanzado por dicha reflexión en el momento de la senectud, pues, hasta dicha etapa vital, el ser humano tiende a contemplar su óbito como algo inconcuso, si bien razonablemente distante, y, por lo tanto, sus consecuencias no se encuentran entre sus desvelos más inmediatos. Sin embargo, la llegada de ese momento viene, de ordinario, acompañada por preocupaciones y planteamientos de escenarios e hipótesis que trascienden la propia existencia de dicha persona, para adentrarse en el marco de las consecuencias económicas de su ineluctable ulterior desaparición.

Podrá argüirse, no sin razón, que no todo el que logra arribar al puerto de la senectud muestra inquietud en torno al destino que puede aguardar a su patrimonio tras su fallecimiento. Del mismo modo, habrá quien convenientemente apunte que no son pocas las personas que, conscientes de su ausencia de eternidad, toman decisiones directamente atinentes a los efectos patrimoniales de su deceso con notable anticipación a su ingreso en la referida edad propecta. No obstante, resulta evidente que es muy habitual que el panorama dibujado referido a la planificación hereditaria emerja en una época de la vida de la persona en torno a la cual se han vertido históricamente opiniones oprobiosas, al identificarla ya algunos insignes filósofos y poetas clásicos con la decrepitud, la debilidad, la ruina, la enfermedad e, incluso, la inutilidad social.

Sin embargo, también en la Grecia clásica descubrimos concepciones señaladamente más respetuosas, consideradas y deferentes hacia la vejez. Cabe resaltar, en este sentido, la laudatoria visión de la misma que despliega PLATÓN en uno de sus celeberrimos diálogos: *República*

(en griego, «Politeia»)². En este sentido, relaciona la ancianidad con la experiencia, así como con la prudencia y la sabiduría derivadas de ella. En armonía con esta línea encomiástica, algo más de tres siglos después, CICERÓN proclama que el conocimiento, la competencia y la autoridad, lejos de menguar, se incrementan con el transcurrir de los años. Según su pensamiento, la temeridad resulta inherente a la juventud, en tanto que la prudencia lo es a la senectud: «*Temeritas est videlicet florentis aetatis, prudentia senescentis*»³.

A nuestro modo de ver, esta visión se aproxima más a la realidad, pues, salvo en los casos de patologías incapacitantes, las personas mayores son plenamente capaces, y gozan de la preciosa ventaja del tiempo ya vivido para adoptar mejores y más meditadas decisiones en torno al destino de sus bienes tras su deceso. Hemos de entender definitivamente superada una eventual y perversa equiparación entre vejez y discapacidad, ya que la edad, por sí misma, de ningún modo puede suponer la privación de la aptitud para manejar los propios negocios y para determinar la suerte que han de correr los bienes y derechos una vez haya muerto el sujeto. De hecho, una de las mayores inquietudes que típicamente afectan a las personas mayores radica, precisamente, en trazar la mejor planificación patrimonial para el instante posterior a su fallecimiento. Tal preocupación se ve incrementada de modo mayúsculo en el caso de contar con algún miembro con discapacidad en el seno de su progenie.

² PLATÓN, *Diálogos IV. República*, trad. por C. Eggers Lan, 1ª reimpr., Madrid, Gredos, 1988.

³ CICERÓN, M.T., *Dialogi de Senectute, et Amicitia*, Villagarsiae, Typis Seminarii, 1760, pp. 20 a 22. «*Nihil igitur adferunt qui in re gerenda versari senectutem negant, similesque sunt ut si qui gubernatorem in navigando nihil agere dicant, cum alii malos scandant, alii per foros cursent, alii sentinam exhauriant, ille autem clavum tenens quietus sedeat in puppi, non faciat ea quae iuvenes. At vero multo maiora et meliora facit. Non viribus aut velocitate aut celeritate corporum res magnae geruntur, sed consilio, auctoritate, sententia; quibus non modo non orbari, sed etiam augeri senectus solet*» (este texto viene a señalar que aseverar que la vejez no se desenvuelve en la gestión de las cosas equivale a sostener que el piloto nada hace al asir el timón, pues, en tanto él permanece sentado en la popa, unos se encaraman en los mástiles, otros corren de acá para allá por la cubierta, y otros incineran desechos. Ciertamente es —señala el magnífico autor romano— que el timonel no desempeña el trabajo de los jóvenes, si bien desarrolla labores mejores y de mayor relevancia. Se trata de trabajos que no precisan fuerza, velocidad ni agilidad, sino que se hallan cimentados sobre el conocimiento, la competencia y la autoridad; cualidades de las que no carece la vejez, sino que aumentan con los años).

II. PLANTEAMIENTO

Tras la Codificación, a pesar del carácter controvertido que históricamente ha rodeado a las legítimas, sorprende constatar la hiriente pasividad de nuestro legislador, pues muy escasas han sido las alteraciones que ha experimentado el Código en esta sensible materia⁴. Sin ningún género de duda, una de las modificaciones legislativas más relevantes ha sido la destinada a beneficiar a los descendientes con discapacidades severas, que permite al testador, directamente y por primera vez, obviar en tal escenario el ancestral principio de intangibilidad de la legítima. Esta trascendental reforma se llevó a cabo a través de la modificación del artículo 808 CC en el año 2003, por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Pocos años más tarde, este mismo precepto ha visto considerablemente mutado su contenido, como consecuencia de la conocida 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.

Pese a los loables propósitos de las sucesivas reformas, toda esta materia se halla fatalmente sumida en un escenario por completo sombrío. Afirmamos esto con suma tristeza, porque la confusión, la inseguridad y la incertidumbre provocarán que los testadores, en la práctica, renuncien a utilizar esta magnífica vía de protección de sus descendientes con discapacidad, al no tener ninguna certeza sobre la validez y verdadera eficacia de su previsión testamentaria. Desde el punto de vista de la *praxis* sucesoria, tememos que la reforma del artículo 808 CC operada en el año 2021 no suponga un avance notorio en relación con la modificación del año 2003. La imprecisión y ausencia de claridad de esta última supusieron el caldo de cultivo idóneo para las encendidas discusiones científicas, así como para la profusa publicación de trabajos doctrinales con interpretaciones antagónicas —y defendibles— de un mismo texto legal, mas condenaron a este fideicomiso al olvido en los testamentos. Los presagios no parecen mejores tras la modi-

⁴ En relación con el sistema de legítimas de nuestro Código Civil, *Vid.* CUADRADO PÉREZ, C., «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español», *RCDI*, núm. 796, marzo-abril, 2023, pp. 725-800.

ficación de 2021, y es preciso recordar que no podemos permitirnos ignorar que el mundo del Derecho debe ser el mundo de lo útil.

La actuación del legislador en relación con esta materia ha resultado un calamitoso despropósito. Nos hallamos ante uno de los casos paradigmáticos de actividad legislativa disfuncional, en un ámbito de enorme trascendencia, como es la protección de los descendientes con discapacidad. No es sencillo hallar una reforma normativa en la que se dé a luz un precepto en torno a cuya letra broten tantos y tan relevantes interrogantes irresolutos, y que admita exégesis y elucidaciones radicalmente opuestas, aunque casi todas ellas fundamentadas y razonables. Resulta lastimoso e inaudito observar cómo el legislador nos ha impuesto un texto legal por completo envenenado, que no solo ofrece respuesta a pocas de las preguntas que circundaban el tenor literal del anterior artículo 808 CC, sino que también suscita innumerables hesitaciones e incertidumbres de mayor calado en esta materia⁵. Nuestro Poder Legislativo evidencia, de nuevo, una irritante incuria y una impericia impropia del eminente cometido que le ha sido encomendado a través de lo que ROUSSEAU concibió como «contrato social»⁶.

A través de la Ley 41/2003 se introdujo una bienintencionada medida, que consagraba un manifiesto quebrantamiento de la hasta entonces intocable intangibilidad cualitativa de la legítima: se modificó el párrafo 3º del artículo 808 CC, y se dotó al testador de la facultad de disponer una singular sustitución fideicomisaria ordinaria sobre el tercio de legítima estricta, donde hijos u otros descendientes del causante

⁵ Advierte, con carácter general, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. [«Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 935], que, a pesar de la complejidad de la tramitación de la Ley 8/2021 —con numerosas versiones y enmiendas—, parece que lo único que suscita interés es la identificación de los posibles fiduciarios, «sin adentrarse en absoluto en la compleja redacción de los preceptos que dificulta extraordinariamente su entendimiento». De hecho, la autora denuncia la enorme indefinición y la ausencia de claridad que lastran esta materia, como consecuencia de la falta de rigor de los preceptos que contienen su regulación.

⁶ ROUSSEAU, J. J. (*Du contrat social, ou Principes du Droit Politique*, Ámsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1762, p. 85), ofreció su visión sobre las elevadas cualidades que deberían adornar a las personas que forman parte del Poder Legislativo. Por otra parte (*op. cit.*, p. 123), asevera que el Pueblo es a quien corresponde el poder de legislar, y que no puede pertenecer a nadie más.

judicialmente incapacitados ocupaban la posición de fiduciarios, y los demás coherederos forzosos eran los fideicomisarios⁷. Tras dieciocho años de vigencia de esta versión del artículo 808 CC, el legislador dio un paso más a favor de las personas con discapacidad, y materializó una importante reforma de dicho precepto a través de la anteriormente aludida Ley 8/2021. La dimensión de la nueva redacción del referido artículo es trascendental, ya que ha supuesto la manifiesta contravención de la sacrosanta intangibilidad cuantitativa de la legítima estricta, al dar explícita entrada en nuestro ordenamiento al fideicomiso de residuo. Es decir, hace posible que, como consecuencia de la voluntad del testador de favorecer a un descendiente con discapacidad, los demás legitimarios que no se hallen en tal contexto puedan ver no solo gravada, sino también mermada o, incluso, eliminada su legítima estricta.

Después de su reforma por la Ley 8/2021, los párrafos cuarto y quinto del artículo 808 CC disponen:

«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».

En esencia, lo único que se presenta como seguro es la lastimosa impresión de que el legislador ha abordado la modificación del Código Civil de manera irreflexiva y precipitada. Es triste constatar que, pese a casi dos décadas de denodado esfuerzo doctrinal, nuestro legislador ha concebido una modificación del artículo 808 CC que no solo no contri-

⁷ A tenor de la letra conferida al referido precepto en el año 2003, cuando alguno de los hijos o descendientes había sido judicialmente incapacitado, el testador gozaba de la posibilidad de «establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

buye a arrojar luz sobre esta materia, sino que la sume en un intolerable mayor desconcierto. Un legislador que, por otro lado, debería haber abordado ya la inaplazable reforma integral de nuestro trasnochado sistema legitimario, en lugar de haber modificado de manera muy deficiente uno de sus preceptos.

Ante la ingente y turbadora cantidad de cuestiones que emergen en torno al nuevo texto engendrado por nuestro legislador, en este trabajo hemos optado por focalizar nuestro análisis, única y exclusivamente, en algunos de los principales aspectos referidos al ámbito subjetivo de la sustitución fideicomisaria erigida en el nuevo artículo 808 CC, que distan considerablemente de ser escasos. En tal sentido, hemos de advertir que el panorama no ofrece, ni mucho menos, un mejor pronóstico si profundizamos en los aspectos objetivos de este instituto, ya que en ellos las imprecisiones, incertezas y desasosiegos provocados por la redacción del precepto resultan, incluso, mayores. Sin embargo, tales incógnitas exceden del ámbito de nuestra investigación.

Desde el punto de vista de los protagonistas de esta figura, son varias las diferencias con el texto anterior que podemos detectar, en una primera aproximación al nuevo texto normativo, y a ellas vamos a destinar nuestra atención.

III. FIDEICOMITENTE

1. El testador

Según el tenor literal del nuevo artículo 808 CC, «el testador podrá disponer» la sustitución fideicomisaria objeto de nuestro estudio, donde la posición de fiduciario habrá de ser ocupada por uno o varios de sus descendientes legitimarios. Así pues, el fideicomitente será uno de los ascendientes de quienes resulten designados como fiduciarios. Advierte ORTEGA DOMENECH que ello no empece, no obstante, el establecimiento de sendas sustituciones fideicomisarias por los dos progenitores, donde los fiduciarios sean los mismos hijos. De este modo, aquellos hijos nombrados fiduciarios por estos dos ascendientes disfrutarán de «una protección doble por parte de

ambos progenitores»⁸. Sin embargo, hemos de aclarar que cada una de estas sustituciones resultará independiente de la otra.

2. ¿Puede serlo el cónyuge viudo *ex artículo 831 CC*?

Desde la perspectiva del fideicomitente, una importante y debatida cuestión es la atinente a la eventual aplicabilidad conjunta o combinada de los artículos 808 y 831 CC. Es decir, elucidar si el fideicomiso fraguado en el primero de tales preceptos puede ser dispuesto, única y exclusivamente, por el testador, o si cabe entender que, con cimiento en el segundo de dichos artículos, el propio causante se encuentra habilitado en aras a facultar a su cónyuge para que, después de haber fallecido aquel, pueda disponer con cargo a su patrimonio la referida sustitución.

En un primer acercamiento a este tema, hemos de poner de relieve nuestra opinión favorable, *de lege ferenda*, a contemplar esta facultad explícitamente en nuestro texto legal. Si así se hiciera, se gozaría de la posibilidad de reaccionar frente a eventuales variaciones en el grado de discapacidad de sus descendientes tras la defunción del testador, tanto si mejoran como, especialmente, si sufren un empeoramiento. Asimismo, esta atinada medida de política legislativa permitiría responder cuando la discapacidad no se halla presente todavía al fallecer el testador, pero los antecedentes genéticos hacen presagiar que son elevadas las probabilidades de su aparición en el futuro. Este poder de reacción posterior a la muerte del testador conferiría también la posibilidad de atender mejor los intereses en juego, ante contingentes ulteriores variaciones sustanciales en el ámbito patrimonial de su descendencia, que propicien que el hijo con discapacidad prospere o, por el contrario, deteriore su situación económica, o lo haga alguno de los hipotéticos y potenciales fideicomisarios.

La pausada consideración de todos estos posibles escenarios nos lleva a estimar prudente y oportuna una medida de este género, y propugnamos la

⁸ ORTEGA DOMENECH, J., «Constitución de una sustitución 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 de junio», en REPRESA POLO, M.^a P. (coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Colección Jurídica General, Sucesiones, Madrid, Reus, 2022, pp. 107 y 108.

conveniencia de su plasmación legal. Desde un prisma general, nos sentimos seducidos por la posibilidad de conferir mayor libertad al testador, dadas las férreas y obsoletas legítimas que todavía constriñen la autonomía privada de su voluntad. En este sentido, estimamos digna de celebración prácticamente cualquier reforma que quiebre el vigente sistema legitimario, para otorgar al testador un mayor poder de decisión en torno a su propio patrimonio.

Desde un punto de vista práctico, entendemos que habilitar legalmente al testador para dotar a su cónyuge de la facultad de disponer la sustitución del artículo 808 CC, tras su fallecimiento y con cargo a su patrimonio, facilitaría la provisión de una mejor respuesta a las necesidades concretas de cada caso⁹. En definitiva, permitiría tomar en consideración todas las circunstancias económicas, familiares, personales y de salud de los descendientes legitimarios del testador, así como su eminente mutabilidad en el tiempo, a la hora de verificar la atribución definitiva de su caudal relicto¹⁰.

De lege lata, lamentablemente, la cuestión resulta mucho más problemática. El artículo 831 CC, pese a haber sido modificado en 2003 con el designio de favorecer a los hijos con discapacidad¹¹, no contempla expresamente la concesión al testador de la facultad de habilitar al cónyuge viudo para que disponga el fideicomiso del artículo 808 CC. A pesar de tal omisión, un importante sector doctrinal ha considerado, ya desde el año 2003, que el artículo 831 CC puede constituir el fundamento legal idóneo, para consentir que el testador confiera a su cónyuge la facultad de disponer la sustitución fideicomisaria prevista en el artículo 808 CC, en el caso de tener algún hijo común

⁹ En este mismo sentido, *Vid.* MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á., «Reflexiones sobre la reforma de la discapacidad», *AAMN*, T. 61, 2022, pp. 342 y 349.

¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos donde el testador, al fallecer, deja un hijo de muy corta edad con una discapacidad severa, cuya verdadera entidad y futura evolución son absolutamente ignotas (*v. gr.*, por padecer una enfermedad poco común, o por la incógnita inherente a la constante investigación científica, que podría aportar nuevas terapias). En estas hipótesis, postergar la decisión final sobre la constitución del fideicomiso del artículo 808 CC, y permitir que la adopte el cónyuge viudo más adelante, probablemente contribuya a tutelar en mayor medida tanto los intereses de los descendientes legitimarios con discapacidad como la voluntad real del causante.

¹¹ No obstante, hemos de apuntar que, en la redacción definitivamente aprobada en el año 2003, el artículo 831 CC incluye en su ámbito de aplicación, como posibles «mejorados», a todos los hijos comunes del testador y de su cónyuge, y no solo a los que se hallen en situación de discapacidad.

que satisfaga las circunstancias requeridas en este precepto¹². Nos hallamos frente a una cuestión de capital relevancia, sobre la que nuestra doctrina disertó intensamente desde la entrada en vigor de la modificación de 2003.

Tras la reforma de esta materia operada por la Ley 8/2021, la redacción del artículo 831 CC ha permanecido incólume. Pese a que, de algún modo, debería haber contribuido a poner fin a este debate, el legislador ha mantenido una incomprensible actitud silente. Como consecuencia de ello, la controversia continúa igualmente vigente, y podemos identificar, de nuevo, un sector autorizado de nuestra doctrina que sostiene la facultad del testador de delegar en el cónyuge viudo la constitución del fideicomiso del artículo 808 CC, con fundamento en el mencionado artículo 831 del mismo cuerpo legal, siempre y cuando el fiduciario sea un hijo común que satisfaga las condiciones de discapacidad requeridas¹³.

A nuestro modo de ver, entender incluida la posibilidad de disponer el fideicomiso del artículo 808 CC entre las facultades delegables por el testador a su cónyuge, no implicaría hacer una interpretación flexible o amplia de la letra del artículo 831 CC, sino, directamente, una exégesis modificativa de sus términos literales. Hemos de recordar que en el primer apartado del indicado precepto se dispone que el causante puede conferir «facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

¹² Con anterioridad a la reforma del artículo 808 CC por la Ley 8/2021, *vid.*, por todos, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al art. 808 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IV (Arts. 588 a 818), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 5860.

¹³ *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ SANCHIZ (*op. cit.*, p. 342), quien expresa que entre las facultades delegadas al consorte o pareja de hecho con fundamento en el artículo 831 CC, han de considerarse englobadas «las previstas en los artículos 782 y 808 del Código civil». MOSCOSO TORRES, R. M.^a [«Disposiciones testamentarias en beneficio de las personas con discapacidad», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.), MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, pp. 235 y 236], si bien considera que, en el actual estado de nuestro ordenamiento, debe admitirse la delegación al cónyuge de la facultad de disponer el fideicomiso del artículo 808 CC, reconoce que el hecho de no haberse reformado el artículo 831 CC dificulta que tal posibilidad sea acogida por nuestra jurisprudencia.

Resulta, cuanto menos, controvertido concluir que, al no haberse mencionado en el artículo 808 CC que solo cabe admitir el fideicomiso establecido por el causante, puede el testador facultar a su cónyuge para disponerlo. Como también cuestionable nos parece sostener que no hay motivo para mostrarnos más restrictivos con dicho consorte que con el propio testador, y que la excepción a la intangibilidad de la legítima que supone aquella sustitución debe operar en los mismos términos para ambos¹⁴. Sería tanto como propugnar el vigor de la máxima *permissum videtur id omne quod non prohibetur* («se considera permitido todo lo no prohibido», tan relacionada con el Derecho Público, que alberga los principios de vinculación negativa y de libertad) en sede de las legítimas. Procede, en este punto, recordar que no cabe argumentar que el consorte viudo delegado gozará de las mismas facultades que el testador delegante, pues, por ejemplo, nunca puede tener entre sus atribuciones la posibilidad de desheredar a los legitimarios en la sucesión de su cónyuge premuerto.

Como hemos argumentado más arriba, nos sentiríamos personalmente más cómodos y satisfechos en el seno de un ordenamiento que reconociera al testador la posibilidad de facultar a su cónyuge para el establecimiento del fideicomiso del artículo 808 CC. Sin embargo, en el marco de los rigurosos términos que continúan comprimiendo la autonomía privada en nuestro Derecho de Sucesiones, entendemos que no puede regir el antedicho apotegma, pues hemos de recordar que en esta materia la regla es, precisamente, la opuesta: la ausencia de libertad testamentaria por el imperativo respeto a las legítimas, salvo en los casos excepcionales expresamente plasmados en la norma¹⁵. En este sentido, las excepciones a los principios generales

¹⁴ Entre otros, ROBLES RAMOS, K. J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 285-289 y pp. 339-340. *Vid.* la interesante y exhaustiva exposición ofrecida por esta autora, *op. cit.*, pp. 276-289. También, CABEZUELO ARENAS, A. L., «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, septiembre 2021 [consultado el 29 de mayo de 2024], disponible en <https://signon-thomson-reuters-com.bucm.idm.oclc.org> (BIB 2021\4589).

¹⁵ DE AMUNÁTEGUI («Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 940) rechaza la concesión al cónyuge viudo de la facultad de constituir el fideicomiso del artículo 808 CC a través de la delegación del artículo 831 del mismo Código. En su opinión, la interpretación de cualquier norma que se reforme ha de quedar sujeta a los principios que rigen nuestro sistema sucesorio. Tras la reforma de 2003, COBACHO GÓMEZ, J. A. [«La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado», REBOLLEDO VARELA, Á. L. (coord.), *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 377], entendía

(como el de intangibilidad de la legítima) deben ser interpretadas de modo restrictivo, y, aunque nos pese en este concreto caso, no cabe patrocinar extensiones no previstas de modo explícito en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, parece razonable la apreciación que efectuó COBACHO, cuando todavía estaba en vigor la reforma de 2003, al poner en duda que el propio legislador fuera consciente de las posibles conexiones entre la facultad de delegación al cónyuge contenida en el artículo 831 CC y el texto del artículo 808 CC¹⁶. Según nuestra opinión, efectivamente, nuestro legislador no estableció conscientemente lazo alguno entre sendos preceptos, pese a haber sido modificados ambos por la misma Ley 41/2003. Tal circunstancia nos lleva a pensar que si el legislador hubiera decidido conferir la posibilidad de delegar en el consorte la disposición del fideicomiso del artículo 808 CC, lo habría hecho de manera explícita, y no habría dejado ningún margen a la duda. Especialmente, si tomamos en consideración que ello habría supuesto permitir que la novedosa posibilidad de transgresión de la secular intangibilidad de la legítima pudiera no solo ser decidida por el propio testador, sino también delegada por este en su consorte viudo. Se trataría de una «mejora» tan excepcional y rupturista con el carácter de las legítimas, que no cabe elucubrar y sobreentenderla incluida entre las facultades otorgadas en el artículo 831 CC, sino que su admisión requiere la mención palmaria que no efectuó el legislador al modificar ambos preceptos en 2003, ni al reformar el artículo 808 CC en el año 2021, pese al intenso debate doctrinal desarrollado en los últimos años.

Nuestro Código Civil resulta categórico en la defensa, a ultranza, del principio de intangibilidad de la legítima. Asimismo, si atendemos a los inalterados términos del propio artículo 831 CC, se antoja muy cuestionable respaldar que en ellos tiene cabida la concesión al consorte viudo de la facultad de disponer el fideicomiso del artículo 808 CC. Hemos de recordar que en el artículo 831 CC se habla explícitamente de «mejoras incluso con

que las facultades conferidas por los artículos 782 y 808 CC eran excepcionales, de tal modo que se le antojaba muy dudoso que pudieran delegarse al consorte viudo, por la vía del artículo 831 CC. *Vid.*, asimismo, MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 51; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima en el Código Civil: situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *RJN*, núm. 53, enero-marzo, 2005, p. 127.

¹⁶ COBACHO, *op. cit.*, p. 377.

cargo al tercio de libre disposición», y en ninguna frase del mismo se efectúa ninguna alusión a que la delegación de la facultad de mejorar englobe, asimismo, el tercio de legítima estricta. No podemos obviar, por otra parte, la letra de este último precepto, en cuyo tercer apartado se dispone que el «cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos»; en el caso de no haberlas acatado, el descendiente común «perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado». En esta misma línea, en el apartado cuarto del mismo precepto se establece que la «concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común». En realidad, en estas frases identificamos las únicas menciones a la legítima estricta que podemos hallar en el artículo 831 CC, y se llevan a cabo para trazar la línea infranqueable que jamás puede vadear el consorte delegado.

Nuestro confesado anhelo de reconocimiento de una notablemente mayor libertad al testador en nuestro Código Civil no justifica la tergiversación de su contenido, con el designio de hacer decir al legislador lo que no pretendió expresar al redactar el precepto. No obstante lo anterior, y dado el encendido debate que se desarrolló en torno a esta cuestión desde la reforma de los artículos 808 y 831 CC en 2003, parece insólito e inadmisibles que nuestro legislador no haya atajado *ab radice* la controversia, en un sentido u otro, al reformar el Código a través de la Ley 8/2021.

IV. FIDUCIARIO

1. Personas en situación de discapacidad

1.1. Precisiones conceptuales

Como es notorio y sobradamente conocido, a raíz, precisamente, de la Ley 8/2021, ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico la milenaria institución de la incapacitación, de tal modo que esta modificación del

artículo 808 CC resulta de todo punto lógica e imprescindible, en aras a respetar la coherencia sistemática: en tanto que en la redacción antecedente se favorecía a los hijos o descendientes del testador incapacitados judicialmente, en el vigente precepto se beneficia a los descendientes legitimarios en una situación de discapacidad¹⁷. Si bien la Ley 8/2021 halla su germen en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, hemos de advertir, como certeramente hace CERVILLA, que esta Convención en modo alguno puede identificarse como responsable de la nueva letra de nuestro artículo 808 CC¹⁸. A pesar de esta apreciación, resulta conveniente aclarar que este valioso texto supranacional sí goza de una gran incidencia en nuestro nuevo artículo 808 CC, pues en aquél se cimienta la erradicación del instituto de la incapacitación judicial que consume en nuestro ordenamiento interno la Ley 8/2021; en sintonía con tan fundamental innovación, se ha verificado la desaparición de tal incapacitación como requisito para poder ocupar la posición de fiduciario en el ámbito del escrutado precepto. Sin embargo, por lo demás, la nueva letra del artículo 808 CC obedece, únicamente, a la controvertida y desidiosa faena del legislador patrio. Sería inaceptable, por consiguiente, imputar a la Convención de Nueva York los evidentes y excesivos defectos apreciables en nuestro artículo 808 CC, de tal forma que la responsabilidad por los mismos es exclusiva del Poder Legislativo español, y de ningún modo puede ser compartida¹⁹.

¹⁷ Con anterioridad a la reforma del año 2021, a MARTÍN MELÉNDEZ (*op. cit.*, pp. 54 y 55) le causaba «extrañeza» que la facultad de imponer la sustitución fideicomisaria tuviera como requisito indispensable que el fiduciario fuera un descendiente incapacitado judicialmente, y no simplemente en situación de discapacidad, cuando la norma que reformó el artículo 808 CC para introducir tal posibilidad, la Ley 41/2003, tenía como designio principal, precisamente, «la protección de las personas con discapacidad».

¹⁸ CERVILLA GARZÓN, M.^a D., «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dirs.), GIL MEMBRADO, C. y PRETEL SERRANO, J. J. (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, p. 691.

¹⁹ Por otra parte, advierte DE AMUNÁTEGUI («Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 938) que, si el nuevo paradigma trazado por la Convención de Nueva York impone el tratamiento a las personas con discapacidad en clave de igualdad con quienes no padecen tales circunstancias, así como su plena inclusión, carece de sentido que el legislador nacional instaure «desigualdades con los demás sucesores a la hora de heredar». En consonancia con lo anterior, pone de relieve que no cabría disponer una norma especial para favorecer a las personas con discapacidad en materia sucesoria, ni siquiera sustentada por el principio de protección a sus intereses, pues, en teoría, tal fundamento no puede inspirar ya ninguna norma concerniente a aquellos sujetos. Por este

En definitiva, en aras a poder ser fiduciario, el vigente artículo 808 CC ya no exige haber sido incapacitado judicialmente, sino, simplemente, encontrarse «en una situación de discapacidad». No obstante lo anterior, hemos de poner de manifiesto que no toda situación de discapacidad de un descendiente legitimario facultará al testador para favorecerlo en detrimento de la legítima estricta del resto de legitimarios. En este sentido, según la Disposición Adicional 4ª CC, la referencia a la discapacidad en este precepto ha de entenderse efectuada:

- Al concepto definido en la Ley 41/2003: a) personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33%; o b) sujetos que soportan una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.
- A las personas en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: a) Dependencia severa (grado II); o b) Gran dependencia (grado III).

La referencia a la discapacidad y la remisión a esos otros dos textos legales, en sustitución del criterio de la incapacitación judicial, suponen, probablemente, lo único relativamente claro de la nueva redacción del artículo 808 CC (aunque no ha estado exento de crítica)²⁰.

motivo, la antedicha autora propone, directamente, la supresión de la institución misma de la sustitución fideicomisaria del artículo 808 CC, que, por otro lado, «en absoluto ha sido utilizada» desde su inclusión en nuestro ordenamiento en el año 2003. Según nuestra opinión, hemos de desterrar la radicalizada lectura de la Convención de Nueva York que trata de imponernos con sus Observaciones, inspiradas en extremos postulados neoliberales, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En realidad, la propia Convención asume que la situación de ciertos sujetos con discapacidad no resulta plenamente equiparable a la del resto de personas, dado que ordena a los Estados el establecimiento de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. No obstante, estos interesantes aspectos referidos al contenido y exégesis de la Convención de Nueva York, sobre los que ya nos pronunciamos detenidamente en otro trabajo anterior (CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *RCDI*, núm. 777, enero-febrero, 2020, pp. 13 a 90), no son objeto de la presente investigación.

²⁰ Expuso su opinión crítica en relación con el Anteproyecto de Ley que dio origen a la Ley 8/2021, BOTELLO HERMOSA, P., («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», *RCDI*, núm. 776, noviembre-diciembre, 2019, pp. 2787-2788), ya que en el texto normativo propuesto se contemplaba como potencial fiduciario a quien «se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma», sin mayores precisiones. Evidenciaba,

Como expone DE AMUNÁTEGUI²¹, esta modificación legal debería significar un incremento del campo de actuación del fideicomiso del artículo 808 CC, pues, si bien no era muy frecuente tener un descendiente judicialmente incapacitado, no es tan extraño encontrarlos en las situaciones de discapacidad ahora requeridas. La satisfacción de los porcentajes de discapacidad exigidos, según esta autora, habrá de ser acreditada a través de la correspondiente resolución administrativa. No obstante, a su juicio, también cabría entender justificado el cumplimiento de tales requisitos cuando «exista una provisión judicial de medidas de apoyo». Esta solución, en nuestra opinión, resulta controvertida, ya que, dada la explícita y categórica remisión a la Ley 41/2003 y a la Ley 39/2006, puede originar impugnaciones por parte de

no sin razón, el citado autor que el Anteproyecto no regulaba con exactitud —tampoco el Código Civil— quién es un sujeto en «una situación física o psíquica que le impide desenvolverse de forma autónoma», y él proponía acudir al artículo 2 de la Ley 39/2006, para poder identificar a los posibles fiduciarios en el texto proyectado. No obstante, él se mostraba partidario de restringir la posibilidad de resultar beneficiario a quien se haya nombrado por sentencia judicial «un curador que le apoyase en todos los ámbitos de su vida». Como ya hemos expuesto, la norma finalmente promulgada sí ha sido concreta en este punto, y ha identificado a la persona con discapacidad con sendas remisiones a la Ley 41/2003 y a la Ley 39/2006. A pesar de ello, ORTEGA DOMENECH (*op. cit.*, pp. 126 y 127), una vez aprobada la Ley 8/2021, entiende que podría haberse optado por regular diversos tipos de curatela «según el grado de necesidad de apoyo», tal y como acontece en Suiza, y haber previsto la facultad de establecer el fideicomiso sobre la legítima estricta únicamente «en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en situación de curatela general»; al no haberse contemplado diversos grados de curatela, entiende que debería haberse restringido el fideicomiso, para establecerlo «en beneficio de un hijo del testador a cuyo favor se haya nombrado un curador en todos los ámbitos de su vida». Su propuesta *de lege ferenda* «aseguraría que la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta (...) quedaría reservada exclusivamente a favor de las personas que necesiten ser apoyadas en todos los ámbitos de su vida».

²¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 941. *Vid.*, también, PANIZA FULLANA, A., «La reformulación del alcance de la sustitución fideicomisaria de los legitimarios discapacitados», en LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.^a P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Á. y LÓPEZ SIMÓ, F. (coords.), *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*, Madrid, Dykinson, 2022, p. 991. Esta ampliación de los posibles fiduciarios es criticada por DE AMUNÁTEGUI en otro trabajo [«Comentario al artículo 782», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 1040], donde manifiesta que le resulta inadecuada y desproporcionada, pues permitirá proliferar una institución muy polémica e insegura, que aumentará los gravámenes de la legítima estricta, en contra de las líneas maestras del todavía vigente sistema legitimario. Comparte su visión ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, p. 361.

los designados como fideicomisarios. No en vano, la propia autora reconoce que convendría contar con el documento donde se recoja el porcentaje de discapacidad o el grado de dependencia del fiduciario²².

Lo primordial debería ser el hecho mismo de la discapacidad suficiente del descendiente legitimario, y no su reconocimiento administrativo (o judicial), pues el designio de la reforma legal radica en el beneficio de las personas con discapacidad. Sin embargo, el propio legislador ha remitido a unos porcentajes de discapacidad y a unos grados de dependencia que, para tener efectos jurídicos, han de ser reconocidos administrativamente, tras la preceptiva revisión de la persona. Es cierto que la realidad es la que es, con independencia de su examen y acreditación frente a la Administración, y que el testador dispone el fideicomiso para favorecer a sus descendientes legitimarios con discapacidades severas, que están presentes, aunque burocráticamente no hayan sido verificadas. De hecho, LORA-TAMAYO considera que los porcentajes de discapacidad física o psíquica aludidos en la Ley 41/2003 constituyen «un hecho objetivo», y que no exigen ninguna declaración administrativa ni judicial, de tal modo que operará una presunción de veracidad de lo manifestado por el testador (principio de *favor testamenti*). Al ser una presunción *iuris tantum*, a tenor de lo previsto en el último párrafo del artículo 808 CC, «corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique»; por consiguiente, habrá de probar que el fiduciario no cumple los porcentajes de discapacidad exigidos. Sin embargo, este mismo autor señala que «el tema se complica» por cuanto se refiere a los grados de dependencia de la Ley 39/2006²³.

²² Se muestra crítica DE AMUNÁTEGUI («Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 941) con el sistema dibujado por nuestro legislador, al haber incluido en el trámite legislativo el criterio de la dependencia, ya que la declaración de la misma se halla sujeta a tramitaciones administrativas disímiles, en función de la Comunidad Autónoma de que se trate, «con unas características poco seguras y que, entiendo, quedarían subsumidas en los grados de discapacidad exigidos mucho más precisos».

²³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad», *RJN*, núm. 116, enero-junio, 2023, pp. 21-22. En esta misma línea, OÑATE CUADROS, F. J. [«Una oportunidad perdida: reformas necesarias en el Código Civil para las personas con discapacidad en el ámbito sucesorio», en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (coords.), *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, vol. 2, Madrid, Fundación Notariado, 2022, p. 476], considera que la remisión de la Disposición Adicional 4.^a del Código Civil a las mencionadas leyes ha de entenderse efectuada al concepto

A nuestro juicio, si acude a la sustitución prevista en el artículo 808 CC, el testador debería ser consciente de la necesidad de satisfacer el requisito formal del reconocimiento administrativo de la discapacidad de su descendiente legitimario, que dotará a la situación de objetividad y seguridad, y contribuirá a reducir la litigiosidad. Asimismo, en la práctica, cuando un descendiente legitimario padece una discapacidad importante, lo normal es que esta haya sido examinada y reconocida administrativamente. Si sus ascendientes no han instado tal expediente administrativo, entendemos que resultaría muy sorprendente que tuvieran conocimiento del artículo 808 CC, y que decidieran acudir a la alambicada figura de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de los demás legitimarios.

1.2. Aspectos temporales

Una vez escrutado el propio concepto de discapacidad que maneja el legislador, emergen con naturalidad diversos interrogantes atinentes al momento en el que tal circunstancia debe hallarse presente en el descendiente legitimario, para poder ocupar la posición de fiduciario que le ha atribuido el causante en el testamento.

En primer término, hemos de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué sucede si, al abrirse la sucesión, el descendiente ha experimentado una mejoría, y ya no cumple los requisitos de discapacidad inexcusablemente requeridos para aplicar el artículo 808 CC, pese a que en el momento de la testamentifacción sí los satisfacía? En este escenario, razonablemente, el fideicomiso ni siquiera podrá ver la luz, al no cumplirse la premisa exigida para asumir el quebrantamiento de las legítimas del resto.

Por consiguiente, si al abrirse la sucesión el descendiente legitimario se hallaba en una situación de discapacidad suficiente (a tenor de lo dispuesto en el artículo 808 CC), el fideicomiso ordenado por el causante será plenamente válido y eficaz, con independencia de si en el momento de otorgarse el testamento no se cumplían los requisitos. El momento determinante es, por lo tanto, el del fallecimiento del testador. No obstante, como hemos apunta-

de discapacidad recogido en ellas, no a su reconocimiento administrativo, que se exige únicamente a efectos de la percepción de las prestaciones previstas en aquellas normas.

do a lo largo de este trabajo, la discapacidad es una situación eventualmente voluble, dado que el descendiente puede experimentar una recuperación sustancial, ya sea por la evolución natural de sus circunstancias ya sea por la incidencia de nuevos tratamientos. Como consecuencia de ello, una vez nacido el fideicomiso, si el fiduciario deja de cumplir los parámetros legalmente exigidos para serlo, estimamos imperativo que se extinga, porque existe una condición resolutoria naturalmente implícita, cuyo cumplimiento propiciará la ineficacia sobrevenida de la sustitución, y no un supuesto de nulidad parcial testamentaria²⁴. Una suerte de *conditio iuris*²⁵.

Aunque reconoce que si el descendiente deja de cumplir los requisitos legales de discapacidad tras la apertura de la sucesión «parece que pierde sentido la posibilidad de seguir manteniendo la vigencia de una sustitución que grave la legítima de los demás herederos forzosos», PEREÑA denuncia una nueva falta de previsión del legislador, y entiende que ha de aplicarse el régimen general de las sustituciones fideicomisarias a todo aspecto no regulado. Por lo tanto, el fideicomiso seguiría vigente. A su modo de ver, la incapacitación (actualmente, habríamos de entender hecha la alusión al porcentaje o grado exigidos de discapacidad o dependencia), a lo sumo, puede ser concebida como una *conditio iuris* para el nacimiento de la sustitución, «pero, una vez cumplida, ningún precepto exige que se mantenga inalterada»²⁶. Tiene razón PEREÑA, al delatar la falta de previsión del legislador (que, de nuevo, cabe advertir tras la reforma de 2021, a pesar de ser una cuestión discutida en relación con la redacción anterior del artículo 808 CC). Sin embargo, si bien el legislador no lo ha precisado explícitamente, entendemos que el cumplimiento continuado de las condiciones de discapa-

²⁴ ORTEGA DOMÉNECH, J., *op. cit.*, p. 128; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 363. *Vid.*, también, MORENO FLÓREZ, R. M.^a, *El fiduciario favorecido con la sustitución fideicomisaria especial*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 111; CABEZUELO (*op. cit.*) apunta que el fideicomiso es impugnabile por el resto de los legitimarios tanto si se erró en el momento de diagnosticar la patología como si una mejora en la misma ha propiciado un tránsito a un grado diverso (menor) de discapacidad, que provoque que el gravamen ya no esté justificado.

²⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *op. cit.*, pp. 64 y 77; ROBLES RAMOS, K. J., *op. cit.*, p. 293, y HERRÁN ORTIZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz», en MONJE BALMASEDA, Ó. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I, Madrid, Dykinson, 2014, p. 820.

²⁶ PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *Diario La Ley*, núm. 5957, año XXV, 18 de febrero de 2004, ref.^a D-41, p. 1830.

cidad previstas en el artículo 808 CC constituye una *conditio iuris* no solo para el nacimiento del fideicomiso, sino también para su subsistencia.

En el seno de la esencia de esta extraordinaria sustitución identificamos, justamente, la presencia de dichas circunstancias de discapacidad, de tal forma que, aunque el legislador no lo disponga, la propia naturaleza de este excepcional instituto impone su extinción en el caso de sobrevenir la alteración favorable de las circunstancias. Al ser el grado de discapacidad lo que sustenta y cimienta el flagrante quebrantamiento de la intangibilidad de la legítima, debe mantenerse aquel para la propia pervivencia de esta figura. En nuestra opinión, aunque proceda acudir a las normas generales de las sustituciones fideicomisarias para colmar las lagunas legales, no podemos obviar que, en el caso de la concreta sustitución estudiada, nos hallamos frente a una institución cuya evidente singularidad, esencialmente, representa una incontestable vulneración de nuestro rígido sistema sucesorio. De ello se deriva, a nuestro juicio, que el principio general de intangibilidad de la legítima goce de preferencia sobre las normas generales propias de las sustituciones comunes, a la hora de rellenar las mencionadas lagunas normativas. Dado que juzgamos predominante el carácter señaladamente particular de este fideicomiso, estimamos más adecuado buscar la solución en los principios generales del Derecho, antes de recurrir a la analogía o a la aplicación extensiva de las normas previstas para las sustituciones ordinarias. Resulta innegable, en este sentido, que el fideicomiso del artículo 808 CC es, precisamente, único. De este modo, salvadas las eventuales ataduras perfiladas por los argumentos formales, alcanzamos el resultado que, desde el punto de vista material, también PEREÑA considera más razonable.

En otro orden de cosas, un importante sector de la doctrina ha sostenido tradicionalmente que el descendiente legitimario debe contar con la correspondiente resolución, donde se reconozca el porcentaje de discapacidad o el grado de dependencia, ya en el momento de la apertura de la sucesión; o bien, al menos, que los trámites dirigidos a la obtención de tal reconocimiento se hallen ya iniciados en el momento del óbito del testador. Algunos autores ofrecen una perspectiva más flexible, en cuya virtud admiten que se inicien las gestiones en aras a su consecución, incluso, con posterioridad al fallecimiento del testador, siempre y cuando se haga en un tiempo «prudencial», y la situación de discapacidad estuviere ya presente al abrirse tal su-

cesión²⁷. Sin embargo, no hay unanimidad sobre este particular, ya que, tal y como hemos observado en el apartado anterior, podemos encontrar autores que entienden que no es preciso comenzar la tramitación del mencionado reconocimiento administrativo, sino que resulta suficiente con satisfacer las condiciones subjetivas legalmente exigidas para obtenerlo (v. gr., LORA-TAMAYO, OÑATE).

A tenor de nuestra opinión, anteriormente expresada, en la práctica, resultará extraordinario que no se haya siquiera iniciado el mencionado expediente administrativo, en el caso de haber dispuesto el causante en su testamento la sustitución fideicomisaria regulada en el artículo 808 CC. No obstante, naturalmente, es un escenario que puede presentarse.

Aunque razones de seguridad y la evitación de posteriores litigios nos mueven a estimar ineludible el reconocimiento administrativo de las condiciones de discapacidad legalmente requeridas para ser fiduciario, juzgamos prudente evidenciar cierta flexibilidad en torno al momento del inicio de la tramitación del oportuno expediente para su consecución. Por motivos de equidad, entendemos que, si bien los porcentajes de discapacidad o el grado de dependencia exigidos deben satisfacerse en el momento de la apertura de la sucesión, el comienzo del procedimiento para su reconocimiento puede ser posterior. Sin embargo, de acuerdo con la línea doctrinal a la que hacíamos referencia con anterioridad, el inicio de su tramitación ha de llevarse a cabo en un tiempo «prudencial» desde el fallecimiento del testador.

Lo verdaderamente relevante es, sin lugar a duda, el aspecto material: que el nombrado fiduciario cumpla el grado de discapacidad al abrirse la sucesión. No pretendemos, con esta aseveración, eliminar la necesidad de su reconocimiento administrativo, sino ubicar la perspectiva formal en un moderado segundo plano. A tal conclusión nos lleva observar que el legislador, una vez más, guarda un grosero silencio sobre el particular, pese a las vivas discusiones doctrinales desenvueltas con anterioridad a la reforma de 2021. Esta omisión del legislador nos lleva a inferir que el momento exacto del

²⁷ Entre otros, MORENO FLÓREZ, R. M.^a, *op. cit.*, pp. 103-109, y MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *op. cit.*, p. 47 y pp. 65-67; expusieron sus opiniones en relación con el trámite de la incapacitación judicial, al plasmar su visión con anterioridad a la reforma de 2021. Suponemos que sus argumentaciones siguen vigentes, si bien referidas a la tramitación de la correspondiente resolución administrativa en torno al porcentaje de discapacidad o al grado de dependencia.

comienzo de los trámites no es concebido como esencial, de tal modo que la referida flexibilidad no violentaría la norma, y, por otra parte, parecería acorde con la *ratio legis* de la reforma legislativa, que radica en el beneficio de las personas en situación de discapacidad.

Asimismo, no podemos obviar que, en un elevado número de supuestos, no cabe esperar que sea el propio descendiente legitimario quien solicite el reconocimiento administrativo de su discapacidad, ya sea por su corta edad ya sea por la severidad de una discapacidad incapacitante. Es decir, en los escenarios más graves y de mayor vulnerabilidad. Por consiguiente, si le impedimos ser fiduciario por no haber solicitado el inicio del expediente administrativo antes de la muerte del causante, estaríamos perjudicándolo gravemente por la negligente pasividad de las personas destinadas a prestarle apoyo (entre otros, el propio testador fideicomitente). A nuestro juicio, tal solución sancionadora por omisión ajena contra el nombrado fiduciario resultaría incongruente, así como de todo punto incompatible con el designio no solo del propio artículo 808 CC, sino también, con carácter más elevado, de la Ley 8/2021 (y, con carácter previo, de la Ley 41/2003). Por consiguiente, entendemos que cabrá comenzar el expediente administrativo con posterioridad a la muerte del causante, en un «tiempo prudencial». De hecho, sería lógico pensar que, en ocasiones, la constatación de su designación como fiduciario al abrirse la sucesión será, precisamente, lo que estimule el inicio de los trámites. No cabe ser más preciso en este punto, y, pese a la indefinición e inseguridad que lleva inherentes, procede acudir al concepto jurídico indeterminado del «tiempo prudencial», pues las circunstancias de cada caso concreto serán las que determinen el plazo en el que habrán de iniciarse los trámites. Con respeto, siempre, de todos los intereses en juego y del criterio de la razonabilidad.

1.3. Sustitución fideicomisaria bajo condición suspensiva

A continuación, después de haber desgranado nuestra opinión sobre los anteriores extremos, podemos plantearnos un contexto que encierra un matiz que sumerge el escenario en una más acusada incertidumbre. Introduzcamos una variación en las premisas, e imaginemos que el descendiente legitimario con discapacidad no cumple los porcentajes legalmente requere-

ridos para poder ser fiduciario al fallecer el testador: ¿puede el causante establecer una sustitución de residuo condicionada suspensivamente, en previsión de un eventual empeoramiento de aquel tras su defunción? Es decir, ¿cabría disponer el fideicomiso condicionado suspensivamente al hecho de alcanzar el descendiente el grado de discapacidad requerido, incluso, con posterioridad a la apertura de la sucesión del fideicomitente? Una vez más, en la reforma de 2021, tampoco ha abordado nuestro desidioso legislador otra cuestión de enorme trascendencia, sobre la que se había disertado con profusión desde el año 2003.

Naturalmente, si el grado de discapacidad legalmente demandado sobreviene en el descendiente entre el momento del otorgamiento del testamento y el de la apertura de la sucesión, la solución es muy sencilla: el fideicomiso surte sus efectos del mismo modo que si no hubiera sido insertada condición alguna²⁸. El problema se plantea con toda su complejidad conceptual y práctica, cuando se dispone la sustitución suspensivamente condicionada al hecho de alcanzar el descendiente legítimo el porcentaje de discapacidad necesario para poder ser fiduciario, aun con posterioridad a la muerte del fideicomitente²⁹.

El escenario no es, en absoluto, insólito. Con inusitada frecuencia, encontramos casos donde el causante conoce, con absoluta certeza, que la evolución de la discapacidad provocará que su descendiente alcance esos porcentajes legalmente requeridos (lógicamente, siempre y cuando sobreviva unos años, porque no sufra una enfermedad mortal, al menos, hasta sus últimas fases clínicas). Sin embargo, el testador desconoce si en el momento de su propio fallecimiento su descendiente habrá ya llegado al grado de discapacidad imprescindible para poder ser fiduciario. Ante este incierto panorama, el causante puede pretender designarlo como fiduciario, siempre y cuando llegue a cumplir los requisitos legales, pese a que tal situación se verifique tras la apertura de su sucesión.

²⁸ MORENO FLÓREZ (*op. cit.*, pp. 100 y ss.) entendía —cuando se requería incapacitación— que sí puede establecerse condicionalmente, aunque no se hubiese iniciado el procedimiento de incapacitación en el momento de otorgarse el testamento, pero parecía exigir que se hubiesen iniciado los trámites con anterioridad a la apertura de la sucesión, aunque la declaración de incapacitación se produjera después (*vid.*, especialmente, pp. 104 y ss.).

²⁹ *Vid.* la exposición sobre las distintas posturas doctrinales ofrecida por ROBLES RAMOS, K. J., *op. cit.*, pp. 310-314.

Aunque algún autor manifiesta su opinión favorable a esta posibilidad de establecimiento suspensivamente condicionado del fideicomiso del artículo 808 CC³⁰, observamos cómo la mayor parte de la doctrina se muestra tradicionalmente muy reticente a su admisión³¹.

A pesar de que entendemos que la configuración condicionada del fideicomiso analizado representaría un instrumento verdaderamente útil para atender la posible evolución de la discapacidad del descendiente, se nos antoja una cuestión conceptualmente muy problemática y carente de una respuesta nítida e incontestable. Para quienes propugnamos un sistema que otorgue mayor libertad al testador, resultaría deseable contemplar la facultad de prever una futura acentuación de la discapacidad del descendiente, ya que, aunque esta se verifique tiempo después del óbito del testador, no por ello debería quedar orillada, pues consideramos que lo relevante debería ser poner el foco en el sujeto con discapacidad, y poder dar respuesta a tal situación. Mostrarnos muy estrictos en estas hipótesis llevará inherente, en la práctica, desatender la actual sensibilidad legislativa y cercenar la posibilidad de reaccionar frente a la situación de quien merece una mayor atención.

Sin embargo, como hemos adelantado, dadas las todavía vigentes coordenadas legislativas, esta solución dista enormemente de estar exenta de controversia.

Cierto es, como argumentó GÓMEZ GÁLLIGO³², que en el primer párrafo del artículo 801 CC, con carácter general, se consiente la institución de herederos bajo condición suspensiva: «Si el heredero fuere instituido bajo

³⁰ Ya con anterioridad a la reforma de 2021, v. gr., GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», *RCDI*, núm. 687, enero-febrero, 2005 [consultado el 14 de mayo de 2024], disponible en <https://app.vlex.com/vid/fideicomisaria-estricta-discapacitado-329062> (VLEX-329062).

³¹ Antes de la reforma de 2021, entre otros, ROBLES RAMOS, K. J., *op. cit.*, p. 316 (esta autora exigía que al abrirse la sucesión, al menos, se hubiera iniciado el procedimiento de incapacitación). MARTÍN MELÉNDEZ (*op. cit.*, p. 66), también con carácter previo a la modificación por la Ley 8/2021, admitía su establecimiento suspensivamente condicionado, siempre y cuando «la causa de incapacitación concurriera en el momento de abrirse la sucesión y se determinase un plazo prudencial para que la misma fuera declarada judicialmente, y llevaría a poner la herencia en administración hasta que se cumpliera la condición o hubiera certidumbre de que ya no se iba a cumplir (...). Lo mismo hay que decir cuando se trata de una *nasciturus* que se sabe que padecerá alguna deficiencia o enfermedad que le impedirá gobernarse por sí mismo».

³² GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*

condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse». De este modo, el caudal relicto permanecería en administración desde la apertura de la sucesión del testador hasta que se instase y obtuviese la pertinente declaración administrativa que declarase que el descendiente legitimario cumple los porcentajes o grados de discapacidad exigidos por el artículo 808 CC (o se alcanzase la certeza de que no se satisfará tal requisito). Esta concepción entrañaría el inconveniente de la puesta en administración de los bienes y derechos durante un lapso temporal incierto. Sin embargo, a juicio del antedicho autor, dicho escollo «es el mismo que en cualquier supuesto de institución condicional»³³.

No obstante lo anterior, y sentado que un fideicomiso común puede ser concebido bajo condición suspensiva, no podemos soslayar que el caso concreto de la sustitución del artículo 808 CC se encuentra matizado por la singularidad de la porción del caudal relicto afectada: la legítima estricta. Dado que nuestro sistema legitimario se encuentra todavía sumido en la inflexibilidad y la severidad que tradicionalmente lo ha identificado, el referido fideicomiso violenta la intangibilidad de la legítima. Por lo tanto, aunque ya hemos manifestado que nos complacería que nuestro ordenamiento permitiera al testador disponer la mencionada sustitución suspensivamente condicionada, debemos concluir que seguramente el estado actual de nuestro ordenamiento exija que la discapacidad en el grado suficiente esté presente en el descendiente legitimario al fallecer el fideicomitente, aunque no haya sido todavía administrativamente reconocida. En este sentido, condicionar el nacimiento del propio fideicomiso a que, una vez fallecido el testador, alcance el designado como fiduciario los porcentajes de discapacidad legalmente

³³ Tras la modificación operada por la Ley 8/2021, ORTEGA DOMÉNECH (*op. cit.*, p. 124) se muestra favorable a admitir la constitución bajo condición suspensiva del fideicomiso, aunque entiende que lo importante es la determinación del momento exacto de la aparición del grado bastante de discapacidad: si todavía no se ha efectuado la partición, «la sustitución producirá todos sus efectos»; en cambio, si ya se ha verificado la partición, los sucesores que han partido se han convertido en «titulares de pleno dominio de los bienes», y no cabría modificar el reparto como consecuencia de una situación (el grado suficiente de discapacidad del descendiente) que ha aparecido con posterioridad al mismo. *Vid.*, en términos similares, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, pp. 362-363. Sin embargo, a nuestro juicio, esta segunda situación no podría nunca presentarse, dados los tajantes términos del artículo 801 CC, que fuerzan a poner en administración el caudal relicto en el caso de existir una condición suspensiva, de tal modo que no podría haberse procedido a llevar a cabo la partición.

previstos, no entra dentro de los angostos contornos delineados en el artículo 808 CC. En el marco de las actuales normas sucesorias, entendemos razonable estimar que la concurrencia de tal grado de discapacidad constituye un requisito que ha de satisfacerse en el momento en el que la sustitución está llamada a nacer. Esto es, en el instante de la apertura de la sucesión, según parece desprenderse del propio tenor literal del comienzo del cuarto párrafo de dicho precepto: «Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraran en una situación de discapacidad (...)». Si admitiéramos su disposición suspensivamente condicionada, si finalmente el descendiente legitimario no alcanzase el grado de discapacidad requerido, al haberse puesto en administración los bienes fideicomitidos, los colegitimarios se habrían visto privados injustificadamente de sus legítimas hasta la muerte del designado como fiduciario condicional. Por otra parte, este fallecimiento, evidentemente, puede sobrevenir con posterioridad al de dichos legitimarios.

El legislador ha permitido de forma expresa la disposición del gravamen puro. Sin embargo, establecer como condición suspensiva el cumplimiento del requisito legal del grado de discapacidad después del fallecimiento del testador no está explícitamente aceptado en nuestro ordenamiento, y en materia legitimaria, actualmente, no es admisible invocar el aforismo *permissum videtur id omne quod non prohibetur*. De las anquilosadas vigentes estructuras sucesorias puede colegirse que la posibilidad de configurar la sustitución de residuo del artículo 808 CC ha de ser restrictivamente interpretada, y que nuestro Código solo contempla discapacidades actuales, y no acaecederas. En el terreno de las legítimas estrictas, no conviene desconocer que el principio general de intangibilidad veda el establecimiento de gravámenes y de elementos accidentales, como son la condición, el término y el modo³⁴.

Finalmente, surge con naturalidad otra duda íntimamente ligada con el problema que hemos abordado. Si el descendiente legitimario sí satisface el grado de discapacidad legalmente exigido en el momento de abrirse la sucesión, e, incluso, cuenta con la correspondiente resolución administrativa, ¿está facultado el testador para disponer una sustitución de residuo del artículo 808 CC condicionada a otra circunstancia? Es decir, una vez satis-

³⁴ En parecidos términos, DE AMUNÁTEGUI («Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 941) explica que en el ámbito de las legítimas «no se admiten condiciones».

fecha la premisa legal subjetiva de la discapacidad del descendiente, nos asalta la duda sobre si podría establecer el causante, por ejemplo, que el estudiado fideicomiso «surgirá solo si no tengo más hijos después de otorgar este testamento»; o bien, que tal sustitución nacerá desde la apertura de su sucesión, pero que «se extinguirá si cualquiera de mis hijos fideicomisarios tiene descendencia tras mi fallecimiento».

Según la opinión de MARTÍN MELÉNDEZ, la respuesta ha de ser positiva «sin ninguna duda», siempre y cuando nos hallemos frente a una condición resolutoria «que actúe dentro de un plazo (ya sea, [sic] *certus an, certus quandum* o *certus an, incertus quandum*)». Así pues, será admisible si no resulta cuestionable la adquisición del eventual residuo de la legítima por los fideicomisarios, quienes, a más tardar, lo recibirán al fallecer el fiduciario. En el supuesto de las condiciones suspensivas, la autora también las admite, cuando el cumplimiento del evento previsto deba haberse verificado con anterioridad o al mismo tiempo que la apertura de la sucesión. Por el contrario, rechaza las condiciones suspensivas de las que pende la propia sustitución, si su advenimiento o su falta de acaecimiento puede producirse con posterioridad a la muerte del fideicomitente. En este sentido, aduce que, en este último supuesto, el caudal relicto debería ser puesto en administración, sin saber «si, al final, habrá o no sustitución». Asimismo, observa que, en el caso de no llegar a nacer el fideicomiso, habríamos limitado injustificadamente la legítima de los colegitimarios, quienes deberían aceptar las resultas de tal administración, y se habrán visto infundadamente privados de aquella durante un tiempo³⁵.

A nuestro modo de ver, en el estado todavía vigente de nuestro inexorable sistema legitimario, parece razonable esta línea argumentativa, pues no debería poder hacerse pender la efectividad de las legítimas de los colegitimarios de un evento futuro e incierto, cuyo cumplimiento pueda producirse tiempo después de la apertura de la sucesión. Admitir la posibilidad de con-

³⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *op. cit.*, p. 47. La autora mantiene esta opinión restrictiva, salvo si la condición suspensiva consiste en que el fiduciario obtenga «en un plazo prudencial» —desde la muerte del testador— el reconocimiento del grado de discapacidad requerido, cuando, al abrirse la sucesión, ya cumple los porcentajes de discapacidad (en realidad, al haber publicado su opinión con anterioridad a la reforma de 2021, MARTÍN MELÉNDEZ hace alusión a la «causa de incapacitación» y a la obtención de la «declaración de incapacitación», lógicamente).

dicionar la recepción por los fideicomisarios de los bienes fideicomitidos, en este concreto caso, adolecería de falta de coherencia con los esquemas sucesorios dibujados en nuestro Código Civil, ya que tal elemento accidental afectaría a su propia legítima estricta, y únicamente son admisibles los gravámenes sobre ella expresamente reconocidos en la norma³⁶.

No obstante la trascendencia de todo lo anterior, el desempeño del legislador ha sido de nuevo manifiestamente defectuoso. Su pertinaz desidia resulta tan incomprensible como penosa, pues se trata de relevantes incertidumbres sobradamente debatidas con anterioridad a la reforma del año 2021, y que deberían haberse zanjado de manera definitiva.

2. ¿Hijos o legitimarios?

2.1. Planteamiento de la dicotomía

En la primera proposición del artículo 808.4 CC, el legislador alude al «legitimario en situación de discapacidad». Sin embargo, tanto en el siguiente enunciado de ese mismo párrafo como en la última frase de dicho precepto, ha empleado la palabra «hijo». Asimismo, en el artículo 782.1º CC se utiliza explícitamente el vocablo «hijos»: «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 principio, parece lógico pensar que en el reformado artículo 808 CC se restringe a los hijos la posibilidad de resultar designados fiduciarios, y que no cabe favorecer del mismo modo al resto de descendientes, a diferencia de lo que sucedía anteriormente. Sin embargo, desgraciadamente, el panorama no resulta tan sencillo como podría parecer si lo escrutáramos bajo un sesgo meramente aritmético, al haberse manejado el término «hijo»

³⁶ En parecidos términos, *vid.* ROBLES RAMOS, K. J., *op. cit.*, pp. 316-317. En esta misma dirección, tampoco cabría introducir una carga modal de la que dependiera la percepción de la legítima estricta. No podría incluirse una cláusula testamentaria donde, por ejemplo, se dispusiera que un determinado legitimario será fideicomisario, pero que «recibirá los bienes fideicomitidos si cuida y atiende mientras viva a su hermano en situación de discapacidad, que es el fiduciario»; ROBLES RAMOS, K. J., *op. cit.*, p. 326.

hasta en tres ocasiones (aunque una de ellas referida a la figura del fideicomisario), en contraste con las dos alusiones a la palabra «legitimario».

Un relevante sector de la doctrina sostiene que el legislador ha empleado sendas expresiones como voces sinónimas. Tal es, por ejemplo, la opinión de MARTÍNEZ SANCHIZ, quien sustenta su parecer en una frase de PAULO (Dig. 50,16,84)³⁷: «*Filii*» *appellatione omnes liberos intelligimus* (con la denominación «hijos» nos referimos a todos los descendientes). Si bien siempre hemos considerado de gran utilidad volver la mirada a las fuentes jurídicas históricas —especialmente, al Derecho Romano—, entendemos que no resulta conveniente sacralizar o mitificar los brocardos latinos, ni acudir a uno de ellos como único o primordial cimiento de una postura doctrinal. En concreto, los axiomas del Libro 50 del Digesto constituyen máximas generales obtenidas como consecuencia de una labor de abstracción de numerosos casos determinados solucionados en la *praxis* romana. Aunque el Derecho Romano se caracterizó por su naturaleza anticonceptual y antidogmática, con posterioridad, han sido consideradas como dogmas y teorías sin base científica las respuestas ofrecidas por los jurisconsultos romanos en el marco de las experiencias jurídicas prácticas concretas cuya resolución les fue planteada. De hecho, no resulta infrecuente que en el propio Digesto encontremos distintos pasajes que se esgrimen como fundamento de máximas por completo opuestas³⁸.

Según pone de relieve MARIÑO PARDO, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, se sustituyó en la primera frase del artículo 808.4º CC la palabra «hijo» —que figuraba en el proyecto presentado por el Gobierno—

³⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á., *op. cit.*, p. 335.

³⁸ A modo meramente ejemplificativo, podemos hacer alusión a dos textos del Digesto, en relación con el valor del silencio como manifestación de voluntad negocial. Uno de ellos ha servido de base para quienes han sostenido el valor del silencio como aceptación: «*qui tacet consentire videtur*» («quien calla parece que consiente», Dig. 19,2,13,11; ULPIANO). En cambio, hallamos otro pasaje al que recurren los autores que entienden que el silencio, en principio, carece de valor negocial: «*qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est eum non negare*» («el que calla ciertamente no confiesa; pero, sin embargo, es verdad que no niega», Dig. 50,17,142; PAULO). En ellos se abordan diferentes hipótesis prácticas, a las que se consideró adecuado dar respuestas antagónicas. Apunta, con acierto BONFANTE, P. («Il silenzio nella conclusione dei contratti», comentario a App. Torino 10 luglio 1905, *Rivista di Diritto Commerciale*, T. II, 1906, p. 222), que «è frase trita che non vi ha proverbio che non ritrovi il suo contrario; e così non vi ha forse brocardo, non vi ha concetto tradizionale, di cui non occorra il contrario, che in un'altra specie può tornare in acconcio».

por el término «legitimario». A tenor de la exégesis sistemática patrocinada por este último autor, de tal circunstancia se trasluce el ánimo de comprender en la norma a los descendientes del testador, siempre y cuando sean legitimarios; *v. gr.*, el nieto del causante que descienda de un hijo premuerto de este. Por otra parte, en su opinión, esta interpretación redundaría en interés de los sujetos en situación de discapacidad, y evitaría un injustificado trato desigual al hijo y al descendiente ulterior legitimario con discapacidad, ya que, en el caso de excluir a este último del ámbito subjetivo del precepto, el legislador habría sido señaladamente más restrictivo que en la redacción anterior del precepto³⁹.

No obstante las anteriores consideraciones y argumentaciones, cabría cuestionarse por qué el legislador únicamente reemplazó la palabra «hijo» por «legitimario» en la primera frase del cuarto párrafo del artículo 808 CC, y no hizo lo propio en la siguiente, así como tampoco en el último párrafo del mismo precepto, ni en el artículo 782 CC. En una primera aproximación a este problema, no resulta sencillo asumir que nos hallamos frente a un olvido del legislador.

Se muestra restrictivo ORTEGA DOMÉNECH, cuando, tras denunciar —con absoluto acierto— lo confuso de la redacción del artículo 808 CC, hace patente su opinión favorable a considerar como posibles fiduciarios, única

³⁹ MARIÑO PARDO, F. M., «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación de los artículos 782 y 808: sustitución fideicomisaria en caso de discapacidad de un legitimario» [consultado el 11 de marzo de 2024], disponible en https://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_39.html. En sintonía con este autor, DE AMUNÁTEGUI («Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 940) se congratula por la «definitiva redacción» del artículo 808 CC, «al sustituir tales términos [se refiere al vocablo «hijos» reiterado en los artículos 782 y 808 CC en el texto del Proyecto] por los de legitimarios». De tal corrección en la versión finalmente aprobada, esta autora infiere la inclusión, como posibles fiduciarios, de los descendientes legitimarios que heredan por representación. Sin embargo, hemos de observar que —según hemos advertido previamente— en la redacción de los artículos 782 y 808 CC definitivamente aceptada no se han permutado «tales términos por los de legitimarios», pues las otras tres referencias que se efectuaban al vocablo «hijos» han permanecido incólumes, pese a lo que pudiera colegirse de las palabras de esta autora. *Vid.*, también, LORA-TAMAYO, I., «La sustitución fideicomisaria (...)», *op. cit.*, pp. 22 y 23; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LARA, E. (dirs.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 404-405; ROJANO MARTÍN, N., «La incidencia del nuevo artículo 808 CC en el sistema legitimario español y otras novedades tangenciales de la Ley 8/2021», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, p. 402.

y exclusivamente, a los hijos del testador. De este modo, excluye al resto de descendientes, aunque resulten finalmente legitimarios, al suceder por representación a un hijo del causante. En este sentido, se sirve de un interesante argumento práctico: si el fiduciario pertenece a una generación posterior a la de los fideicomisarios, se acrecienta notablemente la probabilidad de que estos últimos fallezcan con anterioridad al primero, y será más habitual que mueran sin haber recibido lo que por legítima les pudiera corresponder. Así pues, no solo debería existir «residuo» en el momento del óbito del fiduciario, sino que el fideicomisario debería sobrevivir a un pariente de una generación posterior (habitualmente, más joven); en caso contrario, lo recibirán los herederos del fideicomisario⁴⁰.

2.2. *Gestación del reformado texto de los artículos 782 y 808 CC*

Llegados a este punto, parece ineludible sumergirnos, aunque sea de manera sumaria y sin ánimo de exhaustividad, en la tramitación parlamentaria de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021. En primer término, en la enmienda núm. 126 del Grupo Parlamentario Ciudadanos planteada en el Congreso⁴¹, se trató de modificar la letra del artículo 782 CC, entre otros propósitos, para lograr que fueran fiduciarios «uno o varios legitimarios del legislador». A pesar de esta tentativa, en el texto promulgado permaneció intacta la mención exclusiva a los hijos.

Sin embargo, la cuestión se intrinca considerablemente si atendemos a la tramitación de la modificación del artículo 808 CC, que es donde, de manera incomprensible, el legislador incluye los términos «legitimarios» e «hijos». Recordemos que, tal y como apuntamos más arriba, el texto proyectado únicamente hacía referencia a los «hijos». La polémica alusión a los «legitimarios» obedece, precisamente, a las modificaciones experimentadas por el texto inicial durante la tramitación parlamentaria. En este sentido, hemos de

⁴⁰ ORTEGA DOMÉNECH, J., *op. cit.*, pp. 109 y 110. Exige que el fiduciario sea hijo del testador, también, SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., «Dicotomía en la disposición de la legítima estricta en favor de un legitimario en situación de discapacidad: ¿mecanismo de protección o medida excesiva», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, pp. 412, 413, 418, 419, 422 y 423.

⁴¹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 82.

hacer expresa mención a una de las enmiendas transaccionadas en el Congreso de los Diputados: la núm. 174, firmada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común⁴². Especialmente interesante, a nuestros efectos, es la motivación de esta enmienda: «Mejora técnica para contemplar la posibilidad que [*sic*] haya más de un legitimario con discapacidad (por ejemplo, hijo y nieto con padre o madre premuerto), de modo que pueda afectarse la legítima de aquellos legitimarios que no tienen discapacidad en beneficio de aquellos» [exactamente la misma motivación, con idéntica literalidad, encontramos en la enmienda núm. 41 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)]⁴³.

El problema surge, una vez más, por la intolerable actitud negligente y descuidada del legislador, que no repara en la desconexión que propicia en el texto legal, al no haber extendido esa modificación al resto del mismo precepto y al artículo 782 CC. Esta inaudita incoherencia normativa genera el vigente confusionismo, y que sorprendentemente hayamos de destinar nuestro esfuerzo a desentrañar el significado del precepto en torno a una cuestión tan elemental, como es su ámbito subjetivo, sin poder siquiera ser categóricos en nuestras conclusiones.

2.3. *Conclusión personal*

A nuestro modo de ver, la clave para poder ofrecer una respuesta al interrogante que nos ocupa podría hallarse en la aclaración, a modo de ejemplo, plasmada entre paréntesis en la motivación de las enmiendas mencionadas. A pesar de ello, procede reprobar la actitud de los autores de las enmiendas, quienes parecen no percibir la capital relevancia de su elevado cometido, y no se muestran lo suficientemente precisos y concluyentes en la elaboración del propio texto enmendado, ni en la explicación de su motivación. Tal cuestión merece una atención adecuada a su trascendencia, y no una alusión meramente accidental y relegada a un insignificante segundo plano.

Al sintetizar el móvil de las enmiendas, sus autores inciden en la relevancia de sentar que la posición de fiduciario puede ser ocupada por va-

⁴² BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 120.

⁴³ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 27.

rios legitimarios con discapacidad. Parece que la intención principal de los redactores de las enmiendas fue, precisamente, esclarecer este importante aspecto. Sin embargo, decidieron adoptar una actitud «didáctica», y plasmar un ejemplo que, *a priori*, podría resultar superfluo y prescindible: «por ejemplo, hijo y nieto con padre o madre premuerto».

A pesar de la expresa mención a esta hipótesis entre paréntesis, APARICIO VAQUERO⁴⁴ sostiene que la intangibilidad de la legítima hace imprescindible efectuar una interpretación restrictiva de las afecciones a la misma. Asimismo, alude este autor al hecho de no haber alterado el legislador el término «hijos» en el artículo 782 CC ni en el resto del artículo 808 CC, pese a ser algo realmente sencillo si quería «mostrar una auténtica voluntad al respecto». En su opinión, el propósito de los redactores del texto no era otro que asegurar que podían concurrir varios fiduciarios, en plural, como también se hacía en otras enmiendas de otros grupos parlamentarios⁴⁵; en cambio, niega cualquier relevancia al ejemplo explicitado, que, a su juicio, fue planteado «sin mayor pretensión». Este autor acertadamente cuestiona que los parlamentarios fueran conscientes del trabajo desarrollado por la Comisión General de Codificación, así como de la verdadera repercusión de los términos finalmente recogidos en la modificación legal. Por último, pone de relieve que, lamentablemente, la tramitación parlamentaria de este punto de la reforma se caracterizó por la completa ausencia de debate y de aclaraciones.

Compartimos parte de las explicaciones y las críticas vertidas por este autor. No obstante, y pese a estimar también que el propósito de los redactores de la enmienda radicaba en evidenciar que podían ser varios los fiduciarios, juzgamos esencial la mención seguramente efectuada de modo accidental y «sin mayor pretensión» en el interior del paréntesis. Parece obvio que no estaba entre los designios de quienes elaboraron la enmienda

⁴⁴ APARICIO VAQUERO, J. P., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.II del Código Civil», en GARCÍA RUBIO, M.^a P. y MORO ALMARAZ, M.^a J. (dirs.) y VARELA CASTRO, I. (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2022, p. 568.

⁴⁵ *Vid.*, v. *gr.*, enmienda núm. 127 del Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 82) y enmienda núm. 244 del Grupo Parlamentario VOX (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, pp. 179 y 180).

aclarar que pueden ser fiduciarios no solo los hijos con discapacidad, sino también cualquier otro descendiente que se halle en la misma situación, siempre y cuando sea legitimario. Sin embargo, la contingente alusión al «nieto con padre o madre premuerto», si bien no se ha intercalado con la específica intención de puntualizar que cabe designar como fiduciario a cualquier descendiente legitimario con discapacidad, no puede ser directamente ignorada como si jamás hubiese sido escrita.

Este ejemplo resulta revelador de la *mens legislatoris*, porque evidencia que los autores de las enmiendas transaccionadas toman como punto de partida, precisamente, dicha premisa: que pueden ser fiduciarios tanto los hijos como los descendientes con discapacidad, siempre y cuando sean legitimarios. Así lo muestra la pretendidamente «inocente» alusión al «nieto», que, en caso contrario, supondría un error insostenible. Si escrutamos los términos de la motivación de las enmiendas, podemos percibir que este ejemplo no puede ser considerado un burdo «desliz», pues carecería de todo sentido insertar entre paréntesis una hipótesis aclaratoria, como si pudieran presentarse diversos escenarios en la práctica, si la figura del fiduciario se hallara reservada únicamente a los hijos del testador⁴⁶. Esta alusión al «nieto», por lo tanto, podría gozar de ciertos tintes de lo que se denomina «interpretación auténtica».

El principal escollo lo encontramos en la falta de modificación del resto de menciones a los «hijos» en los artículos 782 y 808 CC. Aunque anteriormente señalamos que no era fácil asumir que tales omisiones se deben a un olvido del legislador, el análisis de las enmiendas y de sus motivaciones nos llevan a tal exasperante conclusión. Parece evidente que los atributos que presenta nuestro legislador son diametralmente opuestos a las cualidades que, según la concepción de ROUSSEAU a la que hicimos mención al comienzo de este trabajo, deberían de adornarlo. Por este motivo, no parece prudente asirnos a la conservación del término «hijos» en otras partes del artículo 808 CC, pues parece que su explicación reside

⁴⁶ Imaginemos el siguiente texto, y apreciaremos que no tendría sentido: «Mejora técnica para contemplar la posibilidad de que haya más de un legitimario con discapacidad (por ejemplo, varios hijos), de modo que pueda afectarse la legítima de aquellos legitimarios que no tienen discapacidad en beneficio de aquellos». Para gozar de una mínima lógica, habría de incluirse la expresión «es decir, varios hijos», en lugar de «por ejemplo, varios hijos».

más en la impericia y en la falta de capacidad de nuestro legislador, que en su verdadera intención.

En torno a la interpretación literal de las normas, nuestro Tribunal Supremo reconoció hace décadas que ya la doctrina clásica ubicó la *mens legislatoris* o la *ratio legis* en un plano preponderante, por encima, incluso, de la letra de la norma (SUÁREZ, teólogo, filósofo y jurista perteneciente al Siglo de Oro español, en los siglos XVI y XVII: «*plus mentis esse tribuendum quam verbis, quia mens est praecipuum in lege nam est vita eius*») ⁴⁷. Estos razonamientos continúan la senda trazada, en torno a quince centurias antes, por CELSO (Dig. 1,3,17), cuando excluyó que el conocimiento de las normas se identifique con considerar sus palabras y atenerse a ellas, sino con descubrir su fuerza y su poder, es decir, su alcance y su esencia o *ratio*: «*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*» ⁴⁸.

Finalmente, si nos ciñéramos al cuestionable argumento literal, y restringiéramos a los «hijos» la posibilidad de ser fiduciarios, por ser el vocablo empleado por nuestro legislador mayoritariamente en los mencionados preceptos, provocaríamos una situación inadmisibile en el estado actual de nuestro ordenamiento. En el último párrafo del artículo 808 CC se ha conservado aquel término, y se dispone que «corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique». Por consiguiente, en el caso de plegarnos a la tesis que se aferra a la literalidad de la norma, los descendientes que fueran fideicomisarios por representación de algún hijo del testador carecerían de la posibilidad de

⁴⁷ La STS de 22 de junio de 1950 trae a colación la «doctrina de tradición multiseccular, que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador». En nuestra doctrina, la condición preeminente de la *ratio* de la norma es proclamada con carácter general por LACRUZ BERDEJO, J. L. (*Elementos de Derecho Civil*, T. I, Parte General, Vol. 1, Madrid, Dykinson, 1998, p. 235), quien pone de manifiesto que cabe efectuar una interpretación correctora de los términos literales escogidos por el legislador cuando se compadecen mal con aquella *ratio*.

⁴⁸ Hemos de recordar que, lejos de haber sido superado, este aforismo conserva plenamente su vigor, como cabe apreciar tanto en nuestra jurisprudencia patria como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr., v. gr., SSAP de Madrid (Secc. 10ª), de 30 de enero de 2012, de 21 de marzo de 2012 y de 15 de junio de 2012; y STEDH (Secc. 2ª) de 29 de octubre de 2013, Caso Varvara contra Italia.

impugnar que el transcrito precepto confiere al «hijo». Naturalmente, nuestro vigente sistema legitimario permite impugnar a cualquier descendiente legitimario, y ello muestra que no podemos ser tan rigurosos al interpretar la voz «hijos» en sendos preceptos, para referirse tanto a los fiduciarios como a los fideicomisarios.

De todo lo hasta ahora expuesto, colegimos que nuestro legislador, pese a hacer explícita y reiterada utilización de ambos vocablos, no pretendió referirse en estos preceptos ni a los hijos, ni a los legitimarios, sino a los «descendientes legitimarios». Hemos de denunciar que ha sido el propio legislador quien, de manera insólita y caprichosa, ha propiciado un innecesario desconcierto en torno a una cuestión de capital relevancia: quién puede ser el beneficiario de la facultad conferida al testador en el artículo 808 CC.

3. Exclusión del cónyuge viudo y de los ascendientes

En el marco de la actual redacción del artículo 808 CC, al contemplar la disposición del fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta, el único legitimario no descendiente podría ser el cónyuge viudo⁴⁹. En todo caso, es indudable que el legislador ha excluido la posibilidad de nombrarlo fiduciario, ya que, aunque sostengamos una interpretación amplia de la palabra «hijo» en los referidos preceptos, en ella habrán de entenderse comprendidos los descendientes legitimarios, pero no el cónyuge viudo, tal y como se infiere de las enmiendas parlamentarias que hemos analizado. No podemos soslayar, por otra parte, que en el artículo 808 CC se dispone que «lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo», y que de los textos de las citadas enmiendas no cabe desprender que la *ratio* de la norma alcance al consorte. Por lo tanto, el término «hijo» bajo ningún concepto envuelve al viudo.

A pesar de ello, entendemos que cabría plantear la inclusión del cónyuge viudo, *de lege ferenda*, porque podemos encontrarnos con un escenario donde el consorte del testador se halle en una situación de severa discapaci-

⁴⁹ Si la sustitución recae sobre la legítima estricta, significa que hay descendientes, de tal forma que los hipotéticos ascendientes del testador no pueden ser legitimarios.

dad, y los descendientes legitimarios, ya mayores y sin discapacidad, gocen de una situación económica muy desahogada. Con estas coordenadas, ¿qué razón de fondo nos impulsa a vedar la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria a favor del cónyuge con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta? Desde el punto de vista formal, en el estado actual de nuestra legislación, es indudable que no está permitido. Sin embargo, desde una perspectiva material o de fondo, entendemos que sería positivo dar un paso más, y dotar al testador de mayor libertad, en aras a permitirle atender *post mortem* en mayor medida a su cónyuge con discapacidad e, incluso, a sus ascendientes afectados por tales circunstancias, aunque no sean legitimarios⁵⁰. Asimismo, en el supuesto de no tener descendientes, nos parece razonable propugnar la modificación del Código Civil, para consentir que el testador establezca una sustitución parangonable a la del artículo 808 CC cuando hay varios ascendientes legitimarios, y uno o varios de ellos se hallan inmersos en una situación de discapacidad en el grado legalmente previsto. No alcanzamos a comprender el motivo por el que esta hipótesis no ha sido todavía atendida en nuestro Código Civil⁵¹.

Aunque, por una cuestión de política legislativa, decidiéramos no admitir la ampliación del ámbito subjetivo del fideicomiso a los ascendientes y al cónyuge viudo, la redacción del artículo 782 CC debería haberse modificado, para dotarlo de coherencia con la primera frase del cuarto párrafo del artículo 808 CC, de tal manera que dispusiera: «en beneficio de uno o varios descendientes legitimarios del testador que se encuentren

⁵⁰ En este caso, lo habitual sería que los descendientes fideicomisarios recibieran el patrimonio fideicomitado relativamente pronto, como consecuencia de la edad del fiduciario.

⁵¹ Comparte nuestra postura, entre otros, ORTEGA DOMÉNECH, J., *op. cit.*, pp. 112-114; en términos generales, *vid.* también APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, p. 572. Ya antes de la reforma del año 2021, demandaban la contemplación normativa de estas hipótesis, por ejemplo, MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *op. cit.*, p. 52; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*; ROBLES RAMOS, K. J., *op. cit.*, pp. 289-291; HERRÁN ORTIZ, A. I., *op. cit.*, p. 816 y pp. 833-834; BOTELLO HERMOSA, P., «Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial», *RCDI*, núm. 762, julio-agosto, 2017, p. 1686; VIVAS TESÓN, I. y BOTELLO HERMOSA, P., «La legítima y su posible restricción a favor del descendiente con capacidad modificada judicialmente: un mecanismo de protección jurídica desconocido», I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, 15 a 17 de noviembre de 2017, Elche, pp. 12-13 [consultado el 15 de abril de 2024], disponible en <https://congreso.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/11/BotelloHermosoPedroYVivasTesonInmaculada.pdf>. Hay quien, como MOSCOSO (*op. cit.*, p. 227), va más allá, y propone poder beneficiar con la sustitución a terceros, «extraños o no», para que se ocupen del hijo con discapacidad, ya que el beneficio para él «sería evidente».

en una situación de discapacidad (...)). En este mismo sentido, debería haberse completado la labor reformadora del artículo 808 CC, e incluir en la segunda proposición de su cuarto párrafo la siguiente redacción: «lo así recibido por el descendiente legitimario beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo (...)). Asimismo, en el último párrafo del referido precepto debería haberse recogido la expresión «corresponderá al descendiente legitimario que impugne el gravamen de su legítima estricta (...)). Finalmente, convendría ser más precisos en la frase inicial del párrafo cuarto de este último precepto, y permutar la expresión «legitimarios» por «descendientes legitimarios»; al menos, en la primera de las dos alusiones que a ella se realizan.

4. Pluralidad de descendientes legitimarios en situación de discapacidad

4.1. Facultades en la designación por el fideicomitente

A tenor de lo anteriormente expuesto, la principal inquietud de los autores de las enmiendas transaccionadas radicaba en dejar palmariamente sentado que podían ser varios los fiduciarios, en el caso de haber más de un descendiente legitimario con discapacidad: «(...) contemplar la posibilidad que [*sic*] haya más de un legitimario con discapacidad (...), de modo que pueda afectarse la legítima de aquellos legitimarios que no tienen discapacidad en beneficio de aquellos». En coherencia con esta motivación de las enmiendas, y como directa consecuencia de ellas, en la versión definitivamente aprobada del cuarto párrafo del artículo 808 CC se alude a «alguno o varios de los legitimarios (...) en una situación de discapacidad».

Sin embargo, en la hipótesis de existir más de un descendiente legitimario en situación de discapacidad, el legislador no especifica si el testador puede libremente decantarse por designar fiduciarios a uno solo o a varios de ellos, o bien si resulta imprescindible favorecer a todos en idéntica medida. La respuesta a este relevante interrogante no se desprende del texto de los preceptos de nuestro Código Civil, ni de las motivaciones de las enmiendas en las que tienen su origen.

Con anterioridad a la reforma del año 2021, un importante sector doctrinal se mostraba favorable a considerar que el testador se hallaba facultado para disponer la sustitución a favor de uno, de varios o de todos ellos, e, incluso, a instituirlos fiduciarios en partes iguales o desiguales⁵². En contra de esta postura doctrinal, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 8/2021, algún autor entiende que cuando el causante pretenda establecer el fideicomiso regulado en el artículo 808 CC, habrá de hacerlo «necesariamente a favor de todos ellos»⁵³. A nuestro modo de ver, si bien es cierto que la respuesta no puede extraerse categóricamente de los reformados preceptos, parece razonable conferir al testador cierta libertad en este punto⁵⁴. Como consecuencia de ello, entendemos que, en el caso de haber más de un descendiente legitimario con un grado suficiente de discapacidad, el causante se encuentra habilitado para escoger beneficiar a uno, a varios o a todos, así como para nombrarlos fiduciarios en partes iguales o desiguales.

Aunque el principio de autonomía privada de la voluntad, teóricamente, extiende su vigor sobre el ámbito sucesorio, es absolutamente cierto que

⁵² Por todos, *vid.* PEREÑA VICENTE, M., *op. cit.*, p. 1830; MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *op. cit.*, pp. 67-68 y HERRÁN ORTIZ, A. I., *op. cit.*, pp. 820-821.

⁵³ MARIÑO PARDO, F. M., *op. cit.* Sin embargo, dicho autor no profundiza sobre este punto.

⁵⁴ En este mismo sentido, *vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 942 y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, p. 23. En contra de nuestra postura, DOMÍNGUEZ LUELMO (*op. cit.*, pp. 405-406), defiende que la letra del artículo 808 CC confiere al testador, única y exclusivamente, la facultad de decidir si establece, o no, la referida sustitución fideicomisaria; pero, en el caso de preverla, necesariamente se hará en beneficio de todos los descendientes legitimarios con discapacidad (parece adherirse a su postura, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 364). En frontal colisión con nuestra opinión, este autor aprecia que «el tenor literal del artículo 808 CC no deja margen a otras interpretaciones». Precisamente, a nuestro juicio, la indefinición y la imprecisión lastra la nueva redacción de este precepto, y esa falta de rotundidad es la que nos permite hacer una lectura flexible del mismo diferente a la que efectúa DOMÍNGUEZ LUELMO. De hecho, este autor sostiene que habría sido preferible permitir al causante designar como fiduciarios únicamente a alguno o a varios de los descendientes legitimarios con discapacidad. Aunque criticamos abiertamente al legislador por no haber sido más preciso también en este punto, entendemos que el texto admite una lectura flexible, que incorpore esta facultad para el testador. No obstante, DOMÍNGUEZ LUELMO señala que admitir que el causante instituya fiduciario solo a alguno de los descendientes legitimarios con discapacidad «supondría gravar la legítima de esos otros hijos discapacitados»; a nuestro juicio, entre las escasas cuestiones esclarecidas por nuestro legislador con los nuevos términos del precepto, se halla, precisamente, la imposibilidad de gravar la legítima estricta de los descendientes en situación de discapacidad, pues se alude a «la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad». Así pues, ese descendiente con discapacidad que no ha sido nombrado fiduciario recibirá su legítima estricta desde la apertura de la sucesión, y permanecerá por completo al margen de la sustitución dispuesta por el fideicomitente.

la libertad del testador se encuentra severamente cercenada por los vastos y desmesurados linderos trazados por nuestro sistema legitimario. A pesar de ello, fuera del casi omnímodo marco de las legítimas, queda cierto margen para el arbitrio del causante, aunque sea exiguo. Cuando las legítimas resulten escrupulosamente respetadas y garantizadas, debe considerarse aplicable el principio de autonomía privada de la voluntad testamentaria, salvo que colisione con alguna otra de las múltiples restricciones que al testador se impone en nuestro ordenamiento (v. gr., las reservas troncal y binupcial, el derecho de reversión, e, incluso, el derecho de predetracción del cónyuge supérstite —este último, en el seno del Derecho de Familia—). No olvidemos que la posibilidad contenida en el artículo 808 CC constituye una facultad para el testador, y tal consistencia se compadece mal con el deber de favorecer a todos los descendientes legitimarios con discapacidad en idéntica medida.

En el escenario que ahora escrutamos, donde existen varios descendientes que satisfacen los porcentajes de discapacidad legalmente exigidos, no encontramos ningún precepto que restrinja la libertad del testador para nombrar fiduciario a uno, a varios o a todos ellos, ni para hacerlo en proporciones disímiles. El artículo 808 CC no se muestra taxativo sobre este particular, y consiente con naturalidad, y sin forzar su letra, una lectura en clave de libertad para el fideicomitente (como también la admiten las enmiendas transaccionales de las que trae causa). Por consiguiente, entendemos que si el precepto permite dos lecturas, una restrictiva y otra flexible, el principio de autonomía privada de la voluntad impone la segunda, ya que, si el legislador hubiera pretendido dibujar una excepción al mismo, lo debería haber llevado a cabo explícita y palmariamente (como acontece con las otras limitaciones a las que hemos hecho alusión). Resultan ya excesivamente numerosos los obstáculos e impedimentos a la libertad testamentaria configurados por el legislador, de tal modo que entendemos que la prudencia ha de llevarnos a rechazar la conformación, mediante la integración de la norma, de otros no previstos expresamente, cuando el precepto tolera una interpretación respetuosa con el principio de autonomía privada de la voluntad. Por otra parte, el reconocimiento de este reducido arbitrio al testador en nada quebranta el sistema legitimario de nuestro Código Civil, ya que las legítimas de los fideicomisarios resul-

tarán afectadas esencialmente del mismo modo, con independencia de si es uno el fiduciario, o lo son todos.

Finalmente, la concesión de este mínimo ámbito de libertad al testador parece lógica, puesto que será él quien mejor pueda valorar el contexto y las concretas circunstancias de sus descendientes legitimarios con discapacidad. Ello le permitirá, por ejemplo, descartar que sea fiduciario un descendiente legitimario que goza de una situación patrimonial extraordinariamente favorable, pese a su discapacidad, al tiempo que dispone la sustitución a favor de otro u otros que sufren privaciones y estrecheces económicas. No obstante, en este último supuesto, el causante no podría nombrar fideicomisario al descendiente legitimario en situación de discapacidad que no ha sido designado fiduciario⁵⁵. En este sentido, se exige que la posición de fideicomisario sea ocupada por algún descendiente legitimario sin discapacidad, ya que al final de la primera proposición del párrafo cuarto del artículo 808 CC, se dispone que el fideicomiso recaerá sobre «la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad». En definitiva, hemos de partir de una premisa: para poder instituir la sustitución del artículo 808 CC, el causante debe contar con algún descendiente legitimario que no satisfaga los umbrales de discapacidad legalmente exigidos para ser fiduciario⁵⁶.

⁵⁵ ORTEGA DOMÉNECH (*op. cit.*, p. 110) apunta que no tiene sentido perjudicar a una persona con discapacidad para beneficiar a otra que también se encuentra en una situación de discapacidad. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 942; MOSCOSO TORRES, R. M.^a, *op. cit.*, p. 224. Con anterioridad a la reforma de 2021, MARTÍN MELÉNDEZ (*op. cit.*, p. 71) seguía esta misma línea, porque la norma consentía gravar la legítima estricta «en beneficio» de un incapacitado [hoy, persona con discapacidad], y *sensu contrario* no lo permitía hacer «en perjuicio» de un incapacitado. No obstante, como exponía MORENO FLÓREZ (*op. cit.*, p. 150), antes de la modificación de 2021 también podíamos encontrar un sector doctrinal que sostenía lo contrario.

⁵⁶ Según MARTÍNEZ SANCHIZ (*op. cit.*, p. 339), la porción de legítima estricta del descendiente legitimario con discapacidad nombrado fiduciario podría incluirse entre los bienes fideicomitados, si se hace a través de una «cautela socini»; en parecidos términos, MOSCOSO TORRES, R. M.^a, *op. cit.*, p. 228. Cuestión distinta es que, *de lege ferenda*, se proponga incluir a ciertos descendientes legitimarios con discapacidad entre los posibles fideicomisarios. Nos referimos a las hipótesis en las que alguno de estos descendientes legitimarios con discapacidad sea una persona opulenta, a quien realmente no afecte ver perjudicada su legítima estricta con la sustitución fideicomisaria del artículo 808 CC. Ello permitiría al testador proteger de manera más intensa a determinados descendientes con discapacidad (*cf.*, en este mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pp. 405 y 406). A pesar de ello, reconocemos que, en tanto siga vigente el actual sistema legitimario, resultaría muy complejo poner en práctica una modificación de este calado, ya que constituiría una ardua tarea fijar el umbral económico que delimitaría los casos en los que podría nombrarse fideicomisario de aquellos supuestos en los que no cabría hacerlo.

Cuando el causante tiene más de un descendiente legitimario en situación de discapacidad, nos hallamos, una vez más, ante una nueva incertidumbre propiciada por la desidia del legislador, quien debería haber erradicado cualquier posible debate sobre esta importante materia, que, como hemos apuntado, resultaba polémica ya bajo el régimen anterior.

4.2. *Cofiduciarios simultáneos y sucesivos*

En el supuesto de favorecer el testador a más de un descendiente legitimario con discapacidad, cabría plantearse si es posible instituirlos no solo como cofiduciarios simultáneos, sino también como fiduciarios sucesivos. Nuevamente, la doctrina se halla dividida⁵⁷. En nuestra opinión, el causante goza de la facultad de instituir ambas modalidades de sustitución cuando nombra a más de un fiduciario. Es decir, puede designarlos de tal manera que todos lo sean al mismo tiempo, y, por lo tanto, deban repartirse los bienes fideicomitidos, o bien disponer que en primer término será fiduciario de la totalidad de dichos bienes uno solo de los descendientes legitimarios con discapacidad, y, de manera consecutiva, lo serán los demás. En coherencia con este planteamiento, el segundo fiduciario será fideicomisario, a su vez, del primer instituido, y así sucesivamente hasta llegar al último fideicomisario. Es la legítima estricta de este último legitimario, que debe ser un descendiente sin discapacidad, la que se halla afectada por los referidos fideicomisos⁵⁸.

Como hemos argüido más arriba, no somos partidarios de incrementar las ya prácticamente ubicuas restricciones a la libertad testamentaria a través de una más que cuestionable integración del artículo 808 CC, siempre y cuando se respeten las líneas maestras y las barreras inherentes a nuestro sistema sucesorio.

⁵⁷ A favor, por ejemplo, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, p. 25; ORTEGA DOMÉNECH, J., *op. cit.*, p. 110. En contra, DE AMUNÁTEGUI («Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 942), quien restringe la libertad del testador, al admitir únicamente el llamamiento simultáneo.

⁵⁸ Entendemos que esta libertad del causante también le autoriza para designar como fiduciarios a algunos de ellos de modo simultáneo, y a otros sucesivamente, siempre y cuando todos estos fiduciarios, tanto simultáneos como sucesivos, sean descendientes legitimarios con el grado requerido de discapacidad, y los últimos fideicomisarios previstos sean los descendientes legitimarios sin discapacidad sobre cuyas legítimas estrictas recaen las sustituciones.

En este sentido, nuevamente, ponderamos los diversos intereses en juego y su conciliación con la anhelada aplicación del principio de autonomía privada de la voluntad, y no alcanzamos a atisbar la presencia de ningún obstáculo infranqueable, que estorbe la institución de varios fiduciarios sucesivos. No obstante, estimamos que, en aras a acatar escrupulosamente el insalvable vigente sistema legitimario, únicamente podrán ser designados como fiduciarios sucesivos los descendientes legitimarios del causante que satisfagan las pertinentes condiciones de discapacidad al abrirse la sucesión del testador. La afectación de la legítima estricta de los fideicomisarios no resultaría agudizada, ya que recibirían el potencial residuo al finalizar el fideicomiso del último llamado, a quien, si lo hubiera deseado, podría haber designado fiduciario único el testador desde el comienzo.

En cambio, las legítimas de los fideicomisarios sí se verían afectadas en mayor medida, si admitiéramos la aplicación de la regla general de las sustituciones fideicomisarias prevista en el artículo 781 CC, que permite instituir fiduciarios hasta a dos sujetos todavía no vivos —ni, lógicamente, en situación de discapacidad suficiente— en el momento de morir el testador⁵⁹. Tolerarlo resultaría incoherente con la idea que plasmamos en un punto anterior de este trabajo: en su artículo 808, el Código Civil únicamente considera las discapacidades actuales, y no potenciales. En la hipótesis prevista en este precepto, nos hallamos frente a un fideicomiso muy especial, y ello imposibilita la aplicación de ciertas normas del régimen general de las sustituciones en tanto en cuanto vulneran límites estructurales, como son las legítimas.

El legislador continúa fiel a su despreocupada actitud, y omite cualquier alusión relativa a esta cuestión, pese a haber sido objeto de viva discusión mientras se hallaba en vigor la anterior versión del precepto estudiado.

⁵⁹ Antes de la reforma de 2021, en contra de la postura que nosotros sostenemos, MARTÍN MELÉNDEZ (*op. cit.*, pp. 69 y 70) entendía que sí era aplicable el antedicho artículo 781 CC en el caso del fideicomiso del artículo 808 CC. La razón esgrimida por esta autora podría ser todavía aducida con la actual redacción de dicho precepto: el artículo 781 CC es un precepto que «rige la sustitución fideicomisaria en general y el legislador no ha hecho ninguna excepción respecto a la sustitución que tratamos». Tal y como hemos expuesto, el fideicomiso del artículo 808 CC no es una sustitución al uso, sino absolutamente especial, como consecuencia del objeto sobre el que recae: la legítima estricta. Tal circunstancia fuerza a efectuar un cuidadoso análisis cuando pretendemos aplicar las normas generales de las sustituciones fideicomisarias, para evitar la conculcación de los intocables cimientos de nuestro sistema legitimario. Por lo tanto, la excepción al sistema general de las sustituciones no la ha previsto expresamente el legislador, sino que viene impuesta por las propias legítimas.

5. Ineficacia de alguno de los llamamientos como fiduciario

5.1. Cuando existe un único fiduciario designado

Cuando el fiduciario designado premuere al causante, sin haber previsto el testador las consecuencias de la ineficacia del llamamiento, ¿cuál es el destino de los bienes fideicomitidos que le correspondían?

Con carácter general, y al margen de la especial institución recogida en el artículo 808 CC, cuando únicamente hay un fiduciario designado, y la vacante en la porción hereditaria objeto de una sustitución fideicomisaria se produce con anterioridad a la apertura de la sucesión, la gran mayoría de nuestra doctrina estima que existe una sustitución vulgar implícita, y que el designado como fideicomisario será directamente llamado como heredero simple⁶⁰. Trasladadas estas coordenadas al fideicomiso a favor del descendiente legitimario con discapacidad objeto de nuestro trabajo, hay quien, incluso, sostiene que cuando el fiduciario repudia, los colegitimarios fideicomisarios sucederán por derecho de acrecimiento en la porción sobre la que había de recaer la sustitución. A nuestro modo de ver, no es el instituto del derecho de acrecer el idóneo para fundamentar que los inicialmente contemplados como fideicomisarios, al no ver la luz el gravamen programado, reciban *ab initio* sus legítimas estrictas íntegras y en pleno dominio, pues en nuestra hipótesis no se presentan las premisas exigidas en el artículo 982 CC: no hay vocación solidaria, con llamamiento a partes alícuotas del caudal relicto⁶¹.

⁶⁰ Pone de relieve LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, T. V, Sucesiones, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, pp. 269-270) el carácter vacilante de nuestra jurisprudencia sobre este particular, si bien explica que «la mejor doctrina del Derecho castellano» se muestra partidaria de la admisión de la sustitución vulgar implícita. Según LACRUZ, esta solución es sostenible no solo en el caso de la premoriencia y la indignidad del fiduciario, sino también en las hipótesis en las que este repudie, pues «es más acorde con la presunta voluntad del causante el ingreso del fideicomisario», al haberlo instituido como tal voluntariamente.

⁶¹ ORTEGA DOMÉNECH (*op. cit.*, p. 129) señala que si el único fiduciario nombrado considera que el testador le ha dejado demasiado —tercio de mejora, tercio de libre disposición, su legítima estricta y, finalmente, el fideicomiso sobre la porción legítima de sus colegitimarios—, puede repudiar el propio gravamen, esto es, su condición de fiduciario. En este supuesto, el autor considera que operará el derecho de acrecer a favor de sus colegitimarios, *ex* artículo 981 CC, aunque «de forma analógica», ya que el descendiente legitimario con discapacidad no renuncia a la herencia, «sino a un gravamen constituido sobre una parte de la misma, percibiendo los hermanos directamente su

En nuestra opinión, tampoco es necesario acudir a la controvertida figura de la sustitución vulgar implícita en este supuesto, ya que, como acertadamente observa GÓMEZ GÁLLIGO⁶², la discusión general que tradicionalmente ha envuelto a esta polémica institución carece de sentido en el marco del fideicomiso especial amparado en el artículo 808 CC, pues si premuere el fiduciario «simplemente quedará sin efecto la sustitución fideicomisaria». Si este gravamen sobre la porción legítima de los colegitimarios no llega a nacer, resulta evidente que quienes fueron nombrados fideicomisarios en el testamento recibirán directamente y desde un primer momento —al menos— lo que el sistema legitimario imperativamente les confiere: sus legítimas estrictas. Como apunta el citado autor, la legítima estricta del premuerto nombrado fiduciario, salvo derecho de representación, pasará a formar parte de las legítimas de sus colegitimarios; el resto de bienes y derechos del descendiente legitimario con discapacidad seguirá su destino de conformidad con las reglas generales.

porción de legítima estricta en plena propiedad, olvidándose del citado gravamen». Sin embargo, esta construcción colisiona con lo categóricamente dispuesto en el artículo 990 CC, cuando establece que la aceptación de la herencia «no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente». La única posibilidad que parece existir de aceptar una parte de las disposiciones testamentarias, y repudiar otras, la localizamos en el artículo 890 CC, que permite al llamado como legatario de dos legados —si ambos son onerosos o gratuitos— aceptar todos o repudiar el que quiera; asimismo, dispone que, si el llamado como heredero lo es, al mismo tiempo, como legatario, «podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella» (ORTEGA DOMENECH —*op. y loc. cit.*— definiendo que el fiduciario es «un verdadero heredero»). No obstante, aunque se presentaran estas últimas coordenadas, que, en línea de principio, permiten aceptar parcialmente las disposiciones testamentarias patrimoniales, hemos de advertir que parece que tampoco cabría sostener, conceptualmente, que los colegitimarios heredarían por derecho de acrecimiento la porción repudiada por el designado como fiduciario, tal y como patrocina el mencionado autor, pues se trata de las legítimas estrictas de aquellos, y en el segundo párrafo del artículo 985 CC se establece: «Si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer». Se trata, pues, de la expansión de un derecho sucesorio legal, no de un acrecimiento; aunque es cierto que el fiduciario no está repudiando su legítima estricta, como plantea el precepto, recordemos que el gravamen repudiado recaía sobre la legítima estricta de los fideicomisarios, que la recibirán como si nunca se hubiese previsto el fideicomiso, y no por acrecimiento. Por último, hemos de tener presente que, tal y como concluye ALBALADEJO GARCÍA, M. [«Comentario al artículo 981», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, Vol. 2.º: Artículos 959 a 987 del Código Civil, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 2004 [consultado el 29 de agosto de 2024], disponible en <https://app.vlex.com/vid/articulo-981-231047> (VLEX-231047), la expresión «sucesiones legítimas» empleada en el artículo 981 CC hace referencia a la sucesión intestada, y no a la mal denominada «sucesión forzosa».

⁶² GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.* En esta misma línea, *vid.*, MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., *op. cit.*, p. 79.

Incluso, en el caso de que se presenten los presupuestos para que opere el derecho de representación en la sucesión testamentaria (*ex* artículo 814 CC), y el descendiente legitimario con discapacidad premuerto sea representado por sus propios descendientes en la sucesión del fideicomitente, entendemos que lo podrán representar en todas las atribuciones testamentariamente previstas, pero no en su posición de fiduciario. A nuestro modo de ver, la sustitución del artículo 808 CC tiene carácter *intuitu personae*, y el testador pretendía favorecer a un concreto descendiente legitimario con discapacidad, y no a los descendientes del mismo. De este modo, el gravamen no llegará a nacer, aunque estos descendientes no contemplados en el testamento como fiduciarios, pero que representan a quien sí lo fue, satisficieran también los porcentajes o el grado de discapacidad requerido para serlo.

5.2. *Si concurren varios fiduciarios*

En realidad, el problema más intrincado y confuso se plantea cuando se ha designado a más de un descendiente legitimario como fiduciario, y el llamamiento a uno de ellos queda vacante. En primer término, no parece especialmente compleja la respuesta, si al fallecer el fideicomitente todos los llamados como fiduciarios aceptan su sucesión, puesto que el gravamen sobre la legítima estricta del resto de descendientes legitimarios (sin discapacidad) habrá nacido en toda la extensión programada por el testador: cuando, con posterioridad a ese momento, uno de los fiduciarios muere, se extinguirá el fideicomiso sobre la porción que le correspondía, y la recibirán los fideicomisarios. Los demás fiduciarios continuarán siéndolo, mas no resultarán, a su vez, fideicomisarios del cofiduciario fallecido, dado que no se respetarían los requisitos fijados en los artículos 783 y 785.1º CC, si no lo hubiera dispuesto el fideicomitente de manera explícita e inequívoca (*v. gr.*, a través del nombramiento de los cofiduciarios como recíprocamente fideicomisarios)⁶³.

Por el contrario, la respuesta no resulta evidente en el caso de haberse designado conjuntamente y sin distinción de partes a varios fiduciarios simultáneos, y verificarse la referida vacante ya al abrirse la sucesión del fideico-

⁶³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, p. 25.

mitente (v. gr., porque uno de los llamados a ser fiduciarios ha premuerto). Parte de la doctrina⁶⁴ atinadamente ha alertado sobre esta hipótesis, donde, en aras a ofrecer una respuesta, afrontamos la siguiente dicotomía: a) favorecer a los descendientes en situación de discapacidad, al considerar que existe un derecho de acrecimiento entre los cofiduciarios; y b) beneficiar a los descendientes fideicomisarios, y entender que hay sustitución vulgar implícita a su favor, al estimar que cualquier gravamen sobre su legítima debe ser considerado excepcional y, como tal, restrictivamente aplicado.

Un destacado exponente de la primera postura es DOMÍNGUEZ LUELMO, quien indica que, dados los términos de los artículos 982 y 985 CC, el derecho de acrecer ha de ser establecido voluntariamente por el fideicomitente. En relación con este requisito, cabría aplicar unos principios semejantes a los que permiten el acrecimiento en la mejora, de tal modo que cuando el causante nombra fiduciarios a varios descendientes legitimarios con discapacidad, cabe entender que exterioriza su voluntad de modo perspicuo: pretende que aquellos descendientes sean fiduciarios, y que el resto de los descendientes legitimarios reciban únicamente su legítima estricta. Como consecuencia de ello, «si queda vacante la porción de alguno de los fiduciarios y concurren los requisitos del acrecimiento (o si, no concurriendo, así lo ha previsto expresamente el testador), aquella acrecerá a los demás»⁶⁵.

Como hemos apuntado con anterioridad, cabría oponer a esta corriente doctrinal que todo gravamen sobre la legítima ha de ser forzosamente concebido de manera restrictiva, y que la respuesta a cualquier aspecto no regulado explícitamente habría de ser, entre las soluciones posibles, la menos perniciosa para la *portio debita*. En coherencia con esta aseveración, en la hipótesis de partida planteada, habría de desplegar sus efectos la sustitución vulgar implícita, y recibir los fideicomisarios, absolutamente libre, aquella porción de la legítima estricta sobre la que debería haber recaído la sustitución dispuesta a favor del fiduciario que no puede o no quiere heredar al

⁶⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», *op. cit.*, p. 942. No obstante hacer patente este importante problema, esta autora parece no decantarse por ninguna solución.

⁶⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, p. 406. Se adhiere explícitamente a su postura ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 364.

fideicomitente. Sin ningún género de duda, esta postura respetaría escrupulosamente nuestro rígido sistema legitimario.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, no debemos perder de vista lo dispuesto en el artículo 982.1º CC, cuando en él se establece que, para que opere el derecho de acrecer, es necesario que «dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes». Literalmente, en el supuesto estudiado, los fiduciarios han sido llamados conjuntamente a una misma porción de la herencia del fideicomitente. Por lo tanto, probablemente tenga encaje en este precepto el caso planteado.

Asimismo, no podemos soslayar que el testador no ha establecido de forma explícita la sustitución vulgar, y que su admisión constituiría la aplicación de una figura que tradicionalmente ha suscitado cierta controversia, ya que tampoco el legislador ha previsto su implícita existencia en el caso de disponerse una sustitución fideicomisaria. Aunque, como ya indicamos, la mayor parte de nuestra doctrina acepta esta sustitución vulgar implícita en las sustituciones fideicomisarias en general, parece razonable cuestionar su vigor en un caso tan extraordinario y excepcional como el del artículo 808 CC. Como evidencia LORA-TAMAYO⁶⁶, si se admitiera la referida sustitución vulgar, haríamos «prevalecer lo tácito sobre el art. 982 del CC regulador del derecho de acrecer».

Si bien los esquemas legitimarios constituyen cadenas prácticamente inquebrantables, entendemos que en nuestro ordenamiento no existe un precepto que imponga la sustitución vulgar implícita, pero sí otra norma positiva, el artículo 982 CC, donde, con carácter general y sin prever excepción alguna, se perfila el derecho de acrecer. A esta incierta solución coadyuva, según el último autor citado, la propia *ratio* de la sustitución del artículo 808 CC, que él identifica en «la prioridad del testador de proteger a los legitimarios con discapacidad»⁶⁷; quizás resulte más apropiado emplear el verbo

⁶⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, pp. 24-25.

⁶⁷ Concluye LORA-TAMAYO («La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, p. 25) con la siguiente sentencia: «dado el favor con el que el legislador autoriza a proteger a los legitimarios con discapacidad, consideramos que debe producirse el acrecimiento a favor de los otros fiduciarios, sin perjuicio de la facultad de los que tengan gravada su legítima estricta de acreditar que no concurre causa que justifique el acrecimiento».

«favorecer», en lugar de «proteger». Ciertamente, no parece descabellado argumentar que la letra del artículo 982 CC, unida a la *ratio* de la reforma del artículo 808 del mismo cuerpo legal, gozan de preeminencia sobre una conjeturada y discutida voluntad tácita del fideicomitente y del legislador de entregar directamente a los fideicomisarios la referida porción vacante.

Desarrollamos estas últimas argumentaciones y extraemos las anteriores conclusiones sin ánimo de resultar categóricos, y con todas las reservas y cautelas. En este sentido, somos conscientes de la formidable y omnipresente rigidez de nuestro sistema legitimario, que podría llegar a cimentar la solución contraria, al no haberse establecido explícitamente que el derecho de acrecimiento puede resultar de aplicación en estas hipótesis, donde operaría, específicamente, en contra de la legítima estricta de los fideicomisarios. Más que la prevalencia de una dudosa sustitución vulgar implícita, directamente se produciría, como vimos que observaba GÓMEZ GÁLLIGO, la ineficacia del fideicomiso en la porción vacante al abrirse la sucesión, que sería recibida desde ese momento inicial por los legitimarios fideicomisarios. Pese a resultar también razonable esta conclusión, las razones más arriba esgrimidas nos llevan a ponderar la aplicabilidad del derecho de acrecer en estas hipótesis, pues lo estimamos más acorde con la voluntad del testador, y, tal y como hemos argumentado, entendemos que puede gozar de fundamento jurídico en nuestro Código.

Nos hallamos, una vez más, ante una cuestión de enorme trascendencia frente a la que el legislador ha preferido no contravenir sus proverbiales abandono y desidia. Tal censurable actitud ha propiciado la existencia de un nuevo aspecto donde el texto legal gestado no permite responder con rotundidad, sino que consiente, con naturalidad, una interpretación y la diametralmente opuesta.

V. FIDEICOMISARIO

1. Requisito: ausencia de discapacidad

El último de los elementos subjetivos que encontramos en la sustitución del artículo 808 CC, es el fideicomisario, que tantas veces hemos men-

cionado a lo largo de este trabajo. Según hemos sentado como premisa, únicamente podrán ocupar esta posición los descendientes legitimarios del fideicomitente que no se hallen en situación de discapacidad. Como consecuencia de ello, si el causante tiene dos hijos con discapacidad y otros dos sin ella, y pretende beneficiar a uno solo de los primeros, puede establecer a su favor la sustitución sobre la parte de legítima estricta de los hijos sin discapacidad, pero nunca sobre la del otro hijo con discapacidad no favorecido con el fideicomiso. Habitualmente, los fideicomisarios serán hijos del testador, si bien pueden serlo también, por representación, otros descendientes que ocupen la posición de legitimarios.

Cuando abordamos el análisis del fiduciario, pudimos advertir que las condiciones subjetivas legalmente exigidas para serlo habían de ser satisfechas de manera continuada, y no solo al abrirse la sucesión del fideicomitente. Ya argumentamos en su momento que el fideicomiso se extingue si, una vez nacido este instituto, el fiduciario experimenta una mejoría que propicia que deje de cumplir los porcentajes de discapacidad legalmente precisados. Si trasladamos esta misma idea a la persona del fideicomisario, cabe preguntarse por el devenir de la propia sustitución cuando el descendiente fideicomisario, que al abrirse la sucesión no se hallaba en la situación de discapacidad legalmente requerida, sufre de forma sobrevenida una alteración en sus circunstancias, y alcanza los porcentajes de discapacidad exigidos.

Evidentemente, si el designado como fideicomisario ha llegado al grado de discapacidad previsto entre la testamentifacción y la apertura de la sucesión, la sustitución no verá la luz, porque el momento relevante para comprobar si se satisfacen las condiciones subjetivas para ser fideicomisario es el instante del fallecimiento del causante. Sin embargo, como expusimos al hablar del fiduciario, entendemos que el cumplimiento de tales circunstancias personales no constituye una cuestión estática, y que la satisfacción continuada de las mismas supone una *conditio iuris* tanto para el nacimiento del fideicomiso como para su pervivencia. En coherencia con los argumentos que sostuvimos en relación con el fiduciario, estimamos que si, una vez fallecido el testador y, por ende, surgida la sustitución, el fideicomisario deja de cumplir las características necesarias para ocupar tal posición, el fideicomiso habrá de considerarse extinguido. En este punto, con el desig-

nio de evitar prescindibles reiteraciones, nos remitimos a los razonamientos que formulamos al escrutar este mismo aspecto a propósito del examen del fiduciario. Por otra parte, resultaría arduo asumir que una norma forjada para favorecer a las personas con discapacidad pudiera tornarse en contra de quien ha alcanzado tal condición⁶⁸.

2. Pluralidad de posibles fideicomisarios

Tradicionalmente, en torno a la figura de los fideicomisarios, se ha planteado el siguiente interrogante: ¿puede el causante instituir el fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta de solamente uno o algunos de los descendientes sin discapacidad, y respetar las de los demás? Con anterioridad a la reforma propiciada por la Ley 8/2021, de manera casi unánime se entendía que el gravamen había de ser soportado en idéntica medida por cada uno de los legitimarios sin discapacidad (no incapacitado, según el sistema trazado en el año 2003)⁶⁹. En caso contrario, de manera indirecta, se estaría confiriendo al causante una suerte de facultad de desheredación sin cimiento en una de las tasadas causas previstas en nuestro Código Civil, y se estaría perjudicando a alguno o algunos legitimarios, en tanto que se respetarían las legítimas de otros descendientes en iguales circunstancias de ausencia de discapacidad. Tal contexto resultaría hoy más pernicioso para el designado como fideicomisario, al haberse contemplado explícitamente una sustitución de residuo en el artículo 808 CC, y carecer de la certeza acerca de si, finalmente, recibirá alguno de los bienes fideicomitidos.

⁶⁸ *Vid.*, *supra*, apartado IV.1.2 de este trabajo. Comparte, en esencia, nuestra visión DOMÍNGUEZ LUELMO (*op. cit.*, p. 405), quien pone de relieve que la sustitución se extingue, pues habrá desaparecido «la causa que justificaba el gravamen sobre la legítima». Por su parte, MARTÍNEZ SANCHIZ (*op. cit.*, pp. 341 y 342) expone una opinión menos rotunda, ya que entiende que, si bien la extinción del fideicomiso podría parecer razonable, para evitar que una norma que pretende favorecer a las personas con discapacidad resulte, finalmente, perjudicial para alguien que con posterioridad se encuentre en dicha situación, «no deja de ser una solución insatisfactoria». En este sentido, él entiende que es muy cuestionable que quien fue fideicomisario recupere no solo su parte en la legítima estricta, sino también —y aquí halla el problema— su parte en la mejora y en el tercio libre; a su modo de ver, esto resulta muy complejo, pues depende de la voluntad del testador, y no cabe «recurrir a conjeturas». Por este motivo, invita a «prevenir estos accidentes», a través de la inserción de condiciones u obligaciones modales en el testamento, que compensen las desventajas soportadas por los fideicomisarios que posteriormente llegan a una situación de discapacidad.

⁶⁹ Cfr. ROBLES (*op. cit.*, pp. 325, 351 y ss.), y la exposición doctrinal que desarrolla.

A nuestro modo de ver, la cuestión queda definitivamente resuelta con la nueva redacción del artículo 808 CC, donde, como ya hemos apuntado en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, ahora se alude a «la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad». Puede apreciarse que la letra del precepto alcanza a la totalidad, y que parece evidente que el testador no goza de la posibilidad de «seleccionar» a los fideicomisarios entre sus descendientes legitimarios sin discapacidad.

Sin embargo, esta solución, que parece razonable y justa, puede suponer un obstáculo práctico para los intereses de los descendientes legitimarios con discapacidad. Mostrarnos tajantes en la interpretación de este artículo puede favorecer que la propia norma, paradójicamente, suponga un obstáculo para las personas a cuya protección está destinada a coadyuvar. En este sentido, imaginemos la siguiente hipótesis: el causante tiene cuatro hijos, de los cuales solo uno tiene una discapacidad severa, y de los tres que no se hallan en situación de discapacidad, dos gozan de una situación económica próspera, mientras que el tercero se encuentra en una posición de enorme precariedad, sin apenas recursos. En este contexto, como resultado de la vigente redacción del artículo 808 CC, si el progenitor pretendiera favorecer a su hijo con discapacidad a través del fideicomiso objeto de nuestro estudio, lo haría a costa de los derechos sucesorios de sus otros tres hijos, sin distinción posible. Por lo tanto, la disposición de la referida sustitución representaría un considerable perjuicio para el hijo sin discapacidad que se halla inmerso en una situación de penuria económica, pues su porción legítima en la sucesión del progenitor se vería directamente afectada por el fideicomiso. En realidad, seguramente, la intención del testador sería beneficiar, en la medida de lo posible, a su hijo con discapacidad, pero mantener indemne la legítima de su hijo sin recursos; es decir, instituir como fideicomisarios, única y exclusivamente, a los dos hijos sin discapacidad que gozan de una situación patrimonial pujante.

No obstante, la vigente redacción del artículo 808 CC no permite al testador configurar esta solución, ya que dicho precepto se presenta como taxativo, tal y como hemos visto en el fragmento transcrito: si se establece la sustitución, habrán de ser fideicomisarios todos los descendientes legitimarios

sin discapacidad⁷⁰. La rigidez de sus términos lleva inherente una absoluta falta de libertad del causante por cuanto a la designación de los fideicomisarios se refiere, de tal modo que, seguramente, renuncie a la facultad de beneficiar al hijo que se halla en situación de discapacidad, para no perjudicar al que carece de recursos. Así pues, si se presenta esta situación, el propio texto del precepto supondrá una traba para la disposición de un fideicomiso que pretende impulsar. La letra del artículo es palmaria, y parece querer erradicar las dudas generadas por la versión previa del mismo, e impedir que el testador seleccione a los fideicomisarios, pues tal circunstancia podría concebirse como una desheredación «sin causa», y, por consiguiente, un fraude de ley.

No comparte nuestra opinión MARTÍNEZ SANCHIZ, quien acude a la siguiente frase del artículo 808 CC, donde se dispone: «(...) 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 (...)». A su modo de ver, de la expresión «de los que hubieren visto afectada su legítima estricta» se induce que el legislador se refiere no a todos los legitimarios posibles, sino únicamente a los finalmente escogidos como fideicomi-

⁷⁰ Según LORA-TAMAYO (*Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021, pp. 170-171), si bien la norma no lo aclara, y «deja un campo delicado y muy discutible al intérprete», el texto da a entender que la sustitución recae sobre la totalidad, y debe repercutir sobre todos los legitimarios, pues, si afectara únicamente a alguno o algunos de ellos, «la legítima estricta de cada uno sería de distinta calidad». Como hemos observado, en nuestra opinión, el precepto sí resulta manifiesto en este punto. No obstante, conviene advertir que LORA-TAMAYO, en otro trabajo («La sustitución fideicomisaria...», *op. cit.*, p. 27), se adhiere explícitamente a la postura antagonista. En este sentido, considera que el último párrafo del artículo 808 CC (impugnabilidad de la sustitución por los legitimarios, cuando «no concurre causa que la justifique») permite a los legitimarios fideicomisarios que se encuentren en un contexto económico delicado impugnar la sustitución, pues no concurrirá la exigida «causa que la justifique»; el éxito de dicha impugnación será independiente de la supervivencia del fideicomiso en relación con el resto de fideicomisarios, de tal modo que, aunque se erradique la sustitución sobre la legítima estricta de uno de los legitimarios, ello no lleva inherente la desaparición de la misma sobre las porciones de los demás legitimarios fideicomisarios. Por consiguiente, como resultado final, podríamos ver cómo la sustitución solo afecta a unos descendientes legitimarios, y no a otro u otros. A nuestro modo de ver, en contraste con esta argumentación, la expresión legal «causa que la justifique» no remite a las circunstancias personales del fideicomisario, sino a las del fiduciario, pues es, única y exclusivamente, su situación personal la que fundamenta y justifica la excepcional institución objeto de nuestro estudio, no la de sus colegitimarios nombrados fideicomisarios. En coherencia con esta observación, estimamos que solo las circunstancias que envuelven al fiduciario pueden dar lugar a la impugnación de la sustitución, que, en el caso de triunfar, hará sucumbir por completo el fideicomiso, y no únicamente respecto del fideicomisario reclamante.

sarios por el testador, de entre todos los que no se hallaban en situación de discapacidad. Con tal exégesis, dicho autor estima felizmente quebrado el principio de igualdad consustancial al sistema legitimario, al haber liberado esta frase al causante de la limitación dispositiva, y haber convertido en disponibles las legítimas. De esta forma, podrá el testador responder mejor ante las concretas particularidades de sus descendientes. Como fundamento de su postura, argumenta MARTÍNEZ SANCHIZ que en el artículo 808 CC no se dispone «a favor de los demás legitimarios», sino «de los que hubieren visto afectada su legítima estricta»⁷¹.

Nos gustaría poder compartir su interpretación, pues estamos firmemente convencidos de la conveniencia de reconocer mayor libertad al testador, pero es en la frase inmediatamente anterior donde se concreta quiénes habrán de ser los fideicomisarios, y en ella el legislador hace uso, precisamente, de la expresión «de los demás legitimarios sin discapacidad». A nuestro juicio, la interpretación sistemática impide, lamentablemente, la lectura patrocinada por el mencionado autor. Asimismo, la *ratio* de la reforma reside en el beneficio de las personas con discapacidad, no en la concesión de semejante libertad al testador, pese a que nos habría complacido que así hubiera sido. La frase a la que él acude no se halla destinada, por otra parte, a delimitar los aspectos subjetivos de la sustitución regulada en este precepto, sino a introducir, por primera vez en nuestro Código Civil, la figura del fideicomiso de residuo. Por último, hemos de reconocer que «los que hubieren visto afectada su legítima estricta» pueden, efectivamente, no ser todos «los demás legitimarios», ya que, como hemos explicado con anterioridad, los legitimarios con el grado legalmente exigido de discapacidad no pueden ser fideicomisarios. Por ejemplo, si hay dos descendientes legitimarios con discapacidad, y únicamente se nombra fiduciario a uno de ellos, el otro no podrá ver afectada su legítima estricta, porque no puede ser fideicomisario; en cambio, lo será el resto, esto es, todos los que no sufren tal discapacidad. En este caso, ciertamente, no serán fideicomisarios «los demás legitimarios», sino «los demás legitimarios sin discapacidad».

Así pues, estimamos que la frase «de los que hubieren visto afectada su legítima estricta» engloba a todos los descendientes legitimarios sin dis-

⁷¹ MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á., *op. cit.*, pp. 337-338.

capacidad y, combinada con la proposición anterior del mismo precepto, excluye a los que no satisfacen tales parámetros (y, por añadidura, al cónyuge viudo, quien —no lo olvidemos— también es legitimario, pero no le corresponde la legítima estricta). Por consiguiente, tiene razón MARTÍNEZ SANCHIZ, cuando precisa que el legislador no hace alusión en esas palabras a todos los legitimarios posibles, pero, según nuestra opinión, sí alude a todos los fideicomisarios posibles.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 981», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, Vol. 2º: Artículos 959 a 987 del Código Civil, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 2004 [consultado el 29 de agosto de 2024], disponible en <https://app.vlex.com/vid/articulo-981-231047> (VLEX-231047).

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, pp. 355-373.

APARICIO VAQUERO, J. P., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.II del Código Civil», en GARCÍA RUBIO, M.ª P. y MORO ALMARAZ, M.ª J. (dirs.) y VARELA CASTRO, I. (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 559-574.

BONFANTE, P., «Il silenzio nella conclusione dei contratti», comentario a App. Torino 10 luglio 1905, *Rivista di Diritto Commerciale*, T. II, 1906, pp. 222-230.

BOTELLO HERMOSA, P., «Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial», *RCDI*, núm. 762, julio-agosto, 2017, pp. 1675-1694.

- , «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», *RCDI*, núm. 776, noviembre-diciembre, 2019, pp. 2783-2804.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, septiembre 2021 [consultado el 29 de mayo de 2024], disponible en <https://signon-thomsonreuters-com.bucm.idm.oclc.org> (BIB 2021\4589).
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D., «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dirs.) y GIL MEMBRADO, C. y PRETEL SERRANO, J. J. (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 691-706.
- CICERÓN, M. T., *Dialogi de Senectute, et Amicitia, Villagarsiae*, Typis Seminarii, 1760.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., «La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado», en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (coord.), *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 359-377.
- CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *RCDI*, núm. 777, enero-febrero, 2020, pp. 13-90.
- , «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español», *RCDI*, núm. 796, marzo-abril, 2023, pp. 725-800.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 934-953.
- , «Comentario al artículo 782», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 1039-1041.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LARA, E. (dirs.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 369-420.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima en el Código Civil: situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *RJN*, núm. 53, enero-marzo, 2005, pp. 113-160.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», *RCDI*, núm. 687, enero-febrero, 2005 [consultado el 14 de mayo de 2024], disponible en <https://app.vlex.com/vid/fideicomisaria-estricta-discapitado-329062> (VLEX-329062).

HERRÁN ORTIZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz», en MONJE BALMASEDA, Ó. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, T. I, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 805-836.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Parte General, Vol. 1, Madrid, Dykinson, 1998.

—, *Elementos de Derecho Civil*, T. V, Sucesiones, 4.^a ed., Madrid, Dykinson, 2009.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad», *RJN*, núm. 116, enero-junio, 2023, pp. 11-56.

—, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021.

MARIÑO PARDO, F. M., «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación de los artículos 782 y 808: sustitución fideicomisaria en caso de discapacidad de un legitimario» [consultado el 11 de marzo de 2024], disponible en https://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_39.html.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, Dykinson, 2010.

- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á., «Reflexiones sobre la reforma de la discapacidad», *AAMN*, T. 61, 2022, pp. 237-349.
- MORENO FLÓREZ, R. M.^a, *El fideicomisario favorecido con la sustitución fideicomisaria especial*, Madrid, Dykinson, 2020.
- MOSCOSO TORRES, R. M.^a, «Disposiciones testamentarias en beneficio de las personas con discapacidad», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, pp. 219-236.
- OÑATE CUADROS, F. J., «Una oportunidad perdida: reformas necesarias en el Código Civil para las personas con discapacidad en el ámbito sucesorio», en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (coords.), *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, vol. 2, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 463-508.
- ORTEGA DOMÉNECH, J., «Constitución de una sustitución 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 de junio», en REPRESA POLO, M.^a P. (coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Colección Jurídica General, Sucesiones, Madrid, Reus, 2022, pp. 87-163.
- PANIZA FULLANA, A., «La reformulación del alcance de la sustitución fideicomisaria de los legitimarios discapacitados», en LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.^a P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Á. y LÓPEZ SIMÓ, F. (coords.), *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*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 983-1008.
- PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *Diario La Ley*, núm. 5957, año XXV, 18 de febrero de 2004, ref.^a D-41, pp. 1828-1835.
- PLATÓN, *Diálogos IV. República*, trad. por C. Eggers Lan, 1.^a reimpr., Madrid, Gredos, 1988.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al art. 808 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IV (Arts. 588 a 818), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 5856-5871.
- ROBLES RAMOS, K. J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*, Madrid, Dykinson, 2021.
- ROJANO MARTÍN, N., «La incidencia del nuevo artículo 808 CC en el sistema legitimario español y otras novedades tangenciales de la Ley 8/2021», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, pp. 399-408.
- ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social, ou Principes du Droit Politique*, Ámsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1762.
- SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., «Dicotomía en la disposición de la legítima estricta en favor de un legitimario en situación de discapacidad: ¿mecanismo de protección o medida excesiva», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y GARCÍA MAYO, M. (coords.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, pp. 409-426.
- VIVAS TESÓN, I., y BOTELLO HERMOSA, P., «La legítima y su posible restricción a favor del descendiente con capacidad modificada judicialmente: un mecanismo de protección jurídica desconocido», I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, 15 a 17 de noviembre de 2017, Elche, pp. 1-16 [consultado el 15 de abril de 2024], disponible en <https://congreso.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/11/BotelloHermosoPedroYVivasTesonInmaculada.pdf>

(Trabajo recibido el 09/09/2024
y aceptado para su publicación el 03/10/2024)