

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ  
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas  
TRABAJO DE FIN DE GRADO EN  
DERECHO



**LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA  
COMO MEDIO DE PROTECCIÓN  
PATRIMONIAL PARA LAS PERSONAS  
JUDICIALMENTE INCAPACITADAS**

Alumno: Santiago Lidón García

Tutora: Purificación Cremades García

Curso académico 2018/2019

Convocatoria de Junio



**RESUMEN:** Con la reforma de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial se llevan a cabo una serie de modificaciones de gran importancia. Cabe destacar el nuevo precepto el artículo 808 CC, según el cual se faculta al testador para establecer una sustitución fideicomisaria que grave el tercio de legítima estricta, cuando uno de los hijos o descendientes sea incapacitado judicialmente. Este artículo no dice nada del tipo de sustitución fideicomisaria a aplicar, por lo que se entiende que se podrá establecer un fideicomiso de residuo, con las consecuencias que podría conllevar.

**PALABRAS CLAVE:** Sustitución Fideicomisaria. Legítima. Persona con discapacidad.

**ABSTRACT:** *With the reform of Law 41/2003 of November 18 on patrimonial protection, a series of modifications of great importance are carried out. It is worth mentioning the new precept, article 808 CC, according to which the testator is authorized to establish a trustee substitution that is one third of strict legitimacy, when one of the children or descendants is legally incapacitated, This article does not say anything about the type of trustee substitution to be applied, so it is understood that a waste trusteeship can be established, and we will analyze the consequences that may result.*

**KEY WORDS:** *Trusteeship estate. Forced share. Disabled person.*



## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>8</b>
<b>II.</b>	<b>LAS PERSONAS DECLARADAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS Y EL DERECHO SUCESORIO.....</b>	<b>11</b>
	<b>1. De las personas declaradas judicialmente incapacitadas.....</b>	<b>15</b>
	<b>2. Medidas en derecho sucesorio para la protección de las personas con discapacidad.....</b>	<b>22</b>
	<b>2.1. Instituciones de protección.....</b>	<b>22</b>
	a) Mejora en el testamento.....	22
	b) Pago de la herencia según el artículo 841 CC.....	23
	c) Legado de renta vitalicia o legado de alimentos.....	23
	d) Sustituciones pupilar y ejemplar.....	24
	<b>2.2. Medidas afectadas por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre.....</b>	<b>25</b>
	a) Constitución del patrimonio protegido.....	25
	b) La fiducia sucesoria.....	26
	c) Donación o legado del derecho de habitación.....	28
	d) Gastos no colacionables.....	28
	e) Artículo 808 CC.....	29
<b>III.</b>	<b>SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL PARA LAS PERSONAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS.....</b>	<b>30</b>
	<b>1. Posible fin de la intangibilidad de la legítima.....</b>	<b>30</b>
	<b>2. Sustitución fideicomisaria.....</b>	<b>33</b>
	<b>3. Artículos 808, 782 y 813 CC.....</b>	<b>35</b>
	<b>4. Conservación y transmisión del patrimonio fideicomitado.....</b>	<b>36</b>
	<b>4.1. Tutela del fiduciario.....</b>	<b>36</b>
	<b>4.2. Sustitución fideicomisaria de residuo. Legítima estricta del resto de herederos.....</b>	<b>37</b>
	<b>4.3. Posible inconstitucionalidad.....</b>	<b>40</b>
	<b>5. ¿Afecta la nueva redacción del artículo 808 CC al sistema de legítimas?.....</b>	<b>41</b>
	<b>6. Otras cuestiones acerca de la aplicación de la sustitución fideicomisaria en beneficio de las personas judicialmente incapacitadas.....</b>	<b>42</b>
	<b>6.1. Pluralidad de legitimarios declarados judicialmente incapaces...42</b>	
	<b>6.2. ¿Qué ocurre si el fiduciario recuperara la capacidad.....</b>	<b>43</b>
	<b>6.3. ¿Afecta la sustitución fideicomisaria a la parte de la legítima estricta del hijo o descendiente judicialmente incapacitado?.....</b>	<b>43</b>
<b>IV.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>46</b>
<b>V.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>48</b>



## **ABREVIATURAS**

CC: Código Civil

INE: Instituto Nacional de Estadística

CE: Constitución Española

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

ONU: Organización de las Naciones Unidas

LO: Ley Orgánica

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

APDC: Asociación de Profesores de Derecho Civil

LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos

LIONDAU: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad



## I. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con la totalidad de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país. En España, según el último censo oficial realizado por el INE, se estima que hay en torno 3,84 millones de personas con alguna discapacidad.<sup>1</sup>

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, supone un paso fundamental en materia de protección de las personas con discapacidad. La discapacidad no es tanto un problema de personas individual, es sino la sociedad misma es discapacitante. Si la sociedad retira las barreras físicas, jurídicas, de comunicación y de actitud, la discapacidad se reduce porque la persona tiene más posibilidades de participar<sup>2</sup>.

La Constitución Española, con su artículo 49, trata de garantizar la integración de las personas con discapacidad, dando una atención especializada acorde a sus necesidades. El mismo artículo 14, reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley.

La tendencia en cuanto al reconocimiento y consideración legal de las personas con discapacidad se ha visto plenamente reflejado con el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. El mismo, trata de adaptarse a los principios y obligaciones de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Ya la doctrina jurisprudencial había tenido la oportunidad de manifestarse en el sentido de que se trataba de realizar un “traje a medida”, lo que significa que la decisión judicial acerca de una persona con discapacidad debe adecuarse plenamente a sus características.

Recientemente, esta nueva consideración legal de las personas con discapacidad se ha manifestado en materia electoral, puesto que el pasado mes de octubre, el

---

<sup>1</sup> Disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-cuantas-personas-discapacidad-hay-espana-20171202120315.html> el día 05/04/2019 (Consulta: 25/03/2019).

<sup>2</sup> “La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad”, *Diario Expansión*, María José Alonso Parreño, 1 de mayo de 2019.

Congreso reconocía el derecho de voto de más de cien mil discapacitados intelectuales<sup>3</sup>, aprobando la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

La LO 2/2018, de 5 de diciembre, suprime el precepto que privaba del derecho de sufragio a las personas judicialmente incapacitadas. Por lo que toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio, con los medios de apoyo necesarios para ello siempre que lo requiera. A raíz de la misma, se extiende el derecho de sufragio activo y pasivo a todas las personas con discapacidad. La entrada en vigor por lo tanto de esta ley, ha supuesto un reflejo de esa tendencia generalizada que ha cambiado la concepción legal de las personas con discapacidad.

La realidad de hoy en día es que la asistencia económica de los discapacitados se debe en gran parte a los progenitores o familiares de los mismos. Aunque existen determinadas formas de discapacidad, como pueden ser las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, Alzheimer y otras, que no bastan con el sustento de los progenitores o familiares, sino que requieren de la ayuda del Estado, para garantizar el futuro del discapacitado.

Cuando los medios económicos de los que disponen las personas con discapacidad provienen de los poderes públicos, lo hacen bien a través de los distintos servicios públicos dirigidos a éstos, bien a través de los beneficios fiscales y subvenciones.

No obstante, otra gran parte de los medios procede de la propia persona o de su familia, cuestión que trata la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Dado que el propósito inmediato de este trabajo es conocer los distintos medios de protección patrimonial de las personas judicialmente incapacitadas, haremos especial hincapié en la reforma de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad. La misma, introduce una serie de modificaciones en materia de sucesiones, como son el trato favorable de las donaciones o legados de un derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad, los gastos no colacionables a favor de las personas con discapacidad, la ampliación de facultades al

---

<sup>3</sup> Disponible en: [https://elpais.com/politica/2018/10/17/actualidad/1539804297\\_438797.html](https://elpais.com/politica/2018/10/17/actualidad/1539804297_438797.html) (Consulta: 27/05/2019).

testador, con el fin de beneficiar a la persona con discapacidad, o la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta.

Mediante este trabajo, analizaremos las distintas medidas de protección de las personas con discapacidad, separándolas en dos grandes grupos, las modificadas y las no por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Pero sobre todo, nos centraremos en el nuevo precepto del artículo 808 CC, ratificado por los artículos 782 y 813 CC, el cual recoge la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, como medio de protección de las personas con discapacidad. Para la realización de este trabajo hemos acudido a la doctrina, legislación y jurisprudencia.

La motivación principal y última es la de conocer y concienciarnos de la situación a la que se enfrentan las personas con discapacidad, de tal manera que la protección de sus derechos fundamentales sea realmente efectiva. A través de las medidas mencionadas con anterioridad, damos un paso más hacia el pleno reconocimiento de las personas con discapacidad.



## II. LAS PERSONAS DECLARADAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS Y EL DERECHO SUCESORIO

En Derecho Civil, podemos distinguir entre incapacidad natural e incapacidad legal o incapacitación. Por un lado, por incapacidad natural se entiende la situación de las personas que no tienen plenas facultades intelectivas o volitivas, de forma permanente o transitoria; pero no influye directamente en el estado civil de la persona, ni limita la capacidad de obrar que tenga en razón de su edad.

La incapacidad natural forma parte del concepto más amplio de discapacidad, que, conforme con la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York<sup>4</sup>, comprende cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Por otro lado, y en la que nos centraremos en profundidad, se encuentra la incapacidad legal o incapacitación, que como establece el artículo 200 CC, es la limitación judicial de la capacidad de obrar de un sujeto, en su propio beneficio, cuando exista causa legal, es decir, cuando sufra enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí solo. Por tanto, cabe afirmar que la incapacidad legal es una situación jurídica basada en una incapacidad natural que recibe constatación oficial mediante una sentencia judicial y es esa constatación oficial, y no la falta de aptitud natural de entender y querer, la que determina un cambio en el estado civil de la persona y una limitación de su capacidad de obrar.

A lo largo del tiempo, en el ámbito jurídico se han usado diversos términos (idiota, incapaz, minusválido, inválido) para designar a las personas con discapacidad. Aunque actualmente, se ha adoptado el término de “persona con discapacidad”. La Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tal como la Disposición adicional 8ª de la Ley 39/2006<sup>5</sup>, que establece que «Las referencias que en los textos normativos se efectúen a

---

<sup>4</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006. Vid. <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf> (Consulta: 02/04/2019)

<sup>5</sup> Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Vid. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990> (Consulta: 02/04/2019)

minusválidos se entenderán hechas a personas con discapacidad. A partir de la entrada de en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas para las Administraciones públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas».

El término “persona con discapacidad” fue usado por primera vez por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y debemos destacar también la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En Derecho Civil, tal y como antes hemos referido, podemos distinguir entre incapacidad natural e incapacidad legal. La incapacidad natural se refiere a la situación de las personas que no tienen plenas facultades intelectivas o volitivas, de forma permanente o transitoria. En la misma, se incluyen las perturbaciones que privan totalmente la razón al sujeto, y aquellas que sin anular totalmente su capacidad intelectual y volitiva, la disminuyen lo suficiente para impedirle su autogobierno. Mientras que la incapacidad legal es la limitación judicial de la capacidad de obrar del sujeto, en beneficio suyo, cuando se de una causa legal, esto es, sufra enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que le impidan gobernarse por sí solo, tal y como establece el artículo 200 CC<sup>6</sup>.

Existen diversos mecanismos que intentan responder a la situación a la que se enfrentan las personas con discapacidad, tratando de cumplir las disposiciones del artículo 49 de la Constitución, que establece que *los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*. Se trata de establecer las medidas necesarias para que las personas discapacitadas puedan disfrutar de sus derechos con plenas garantías, tal y como ordena el artículo 9.2 de la CE, así como el artículo 14 de la CE, que reconoce la igualdad de las personas ante la ley. A su vez, el artículo 10 de la CE, de los

---

<sup>6</sup> Cabe citar, entre otras, la Ley 13/1982, de integración de los minusválidos y su RD 1971/1999, regulador del procedimiento para el reconocimiento, declaración y cualificación del grado de minusvalía; el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, que habla de incapacidad y de invalidez; o la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que contiene ciertas disposiciones protectoras de las personas “minusválidas”.

derechos y deberes fundamentales, establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

En la STS 29 de abril de 2009<sup>7</sup>, dictada respecto a un procedimiento de incapacitación de una mujer, se ponen de manifiesto las dos posturas respecto al régimen legal a adoptar respecto al discapacitado.

El Ministerio Fiscal une la capacidad jurídica con la de obrar y establece que la persona con discapacidad dispone de capacidad plena para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, aunque se requiera en ocasiones de mecanismos de apoyo para el ejercicio pleno de su capacidad de obrar. El Ministerio Fiscal establece un “modelo de apoyo o asistencia” de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad.

Mientras que el Tribunal Supremo hace una distinción de las personas con discapacidad: las que no necesitan complemento de su capacidad de obrar, de las que sí, ya que carecen de las facultades para comprender. El TS establece que estas medidas de protección son acordes con la Constitución Española, ya que se sigue respetando el principio de igualdad, proporcionándole un sistema de protección e integración y nunca de exclusión. Sus derechos fundamentales se mantienen intactos.

La STS de 13 de mayo de 2015<sup>8</sup>, trata de la demanda presentada ante un Juzgado de Primera Instancia por la Fiscalía sobre la determinación de la capacidad jurídica de una persona.

Se interpone una demanda "que declare la incapacidad de la demandada tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, determinando la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda, declarando que esta persona es incapaz de gobernarse por sí misma y administrar sus bienes. El Juez estima que “sufre una demencia senil, con deterioro cognitivo leve que, además de manifestarse en una falta de orientación temporal, le afecta a la capacidad de valerse por sí misma, porque necesita atención personal para su cuidado personal y para administrar sus bienes. Entre otras cosas, no puede realizar las operaciones de cálculo elementales cuando se pretende comprar algo”.

---

<sup>7</sup> STS 282/2009 de 29 abril (RJ 2009\2901)

<sup>8</sup> STS 244/2015 de 13 mayo (RJ 2015\2023)

Tiene lugar un recurso de apelación, en cuya sentencia, se corrobora que la persona está afectada por una demencia senil de tipo vascular, de grado leve, como indica el diagnóstico del médico forense; posee una minusvalía del 90%; carece de movilidad propia, y, además, necesita del cuidado de otra persona para realizar las áreas más elementales, aunque goza de cierta autonomía, carece de las mínimas habilidades para una vida independiente.

Se interpone entonces un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en base a la infracción del art. 24 CE, el art. 464 y concordantes LEC. Estos artículos deben interpretarse en consideración de que la persona con discapacidad es titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación debe ser una forma de protección; la incapacitación de una persona debe adaptarse a la correspondiente necesidad de protección de dicha persona, mediante la correcta graduación. Se trata de un “traje a medida”.

Tiene lugar entonces el recurso de casación, que se fundamenta en la infracción de los arts. 200 y 222 CC, y de los arts. 18, 19 y 20 de la Convención de Nueva York. La conclusión del tribunal es que esta persona sufre un deterioro cognitivo de leve a moderado, afirma que si se le hubiera proporcionado la asistencia de otra persona, podría no estar recluida y sí en su domicilio ayudada de una tercera persona. Dichas limitaciones no justifican la incapacitación total. No se refleja que el deterioro cognitivo haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir, como por ejemplo su libertad de deambulación. El ámbito patrimonial, al no poseer capacidad de cálculo, sí necesitaría una persona que administre sus bienes.

En conclusión, no podemos proceder a la incapacitación total de una persona con discapacidad, sin antes valorar si realmente es necesaria la misma, pudiendo no restringir de tal forma. De ahí que hablemos de un “traje a medida”, que adecúe cada decisión judicial a las circunstancias concretas de la persona.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, tiene el fin de que el ordenamiento jurídico español se adapte a la Convención Internacional celebrada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York. Esta convención persigue la igualdad de condiciones de las personas con discapacidad y obliga a los Estados parte a llevar a cabo las medidas necesarias para conseguir los objetivos.

## **1. De las personas declaradas judicialmente incapacitadas**

Según establece la exposición de motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, han pasado treinta y siete años desde la publicación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, y aunque no se cuestiona su vigencia, podría ser necesaria la promulgación de otra norma renovada, que impulse las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Esta nueva ley se respaldaría en dos motivos: por un lado, la persistencia de las desigualdades en la sociedad, a pesar de los esfuerzos; y por otro lado, los cambios en la forma de entender la “discapacidad”.

En el contexto internacional, existe una gran sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social. Así, la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones internacionales, trabajan en la preparación de documentos programáticos o jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad. La Unión Europea y el Consejo de Europa, reconocen respectivamente el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, que forma parte de nuestro derecho interno desde el 3 de mayo de 2008, puede considerarse el principal instrumento jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad. Tuvo una importante labor en promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar el goce con plena igualdad ante la ley. Recoge los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones de los Estados partes de promover, proteger y asegurar dichos derechos.

En este aspecto, resulta fundamental el artículo 12 de la Convención de Nueva York, de igualdad de reconocimiento como persona ante la ley, el cual establece: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones

con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

La Organización de las Naciones Unidas establece que “la Convención se concibió como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. En ella se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Se aclara y precisa cómo se aplican a las personas con discapacidad todas las categorías de derechos y se indican las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer en forma efectiva sus derechos y las esferas en las que se han vulnerado esos derechos y en las que debe reforzarse la protección de los derechos”<sup>9</sup>.

En el ámbito europeo, la Unión Europea y el Consejo de Europa reconocen el derecho de la igualdad de todas las personas ante la ley y la salvaguarda contra la

---

<sup>9</sup> Organización de las Naciones Unidas. Vid. <https://www.un.org/es/> (Consulta: 13/04/2019).

discriminación, como se establece tanto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea habilita al Consejo Europeo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». De gran importancia es la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, adoptada por el Consejo de la Unión Europea. Debemos destacar también la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española recoge los derechos y garantías esenciales de las personas con discapacidad, en los siguientes artículos: el artículo 49 de la Constitución, establece que *los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*; el artículo 9.2 de la CE dispone que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*; el artículo 14 de la CE, que reconoce la igualdad de las personas ante la ley; y el artículo 10 de la CE, de los derechos y deberes fundamentales, establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. El ordenamiento jurídico español en materia de discapacidad, se ha visto reformado en numerosas ocasiones, especialmente a raíz de la Convención de Nueva York de 2006.

Debemos destacar dos leyes fundamentales en materia de protección de las personas con discapacidad: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI); y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con

discapacidad (LIONDAU), que completó la LISMI e impulsó las medidas para equiparar a las personas con discapacidad.

La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, tiene por objeto regular los nuevos instrumentos de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Como expresa en su exposición de motivos, “el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.

Esta ley regula una nueva figura, la del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, una especie de patrimonio de destino, que tiene la finalidad de satisfacer las necesidades vitales de las personas con discapacidad. Además, se producen una serie de modificaciones en la figura de la autotutela, en el derecho de sucesiones, contrato de alimentos y una serie de beneficios fiscales.

Las modificaciones en materia de sucesiones, con el fin de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad. Éstas se recogen en la exposición de motivos de la ley, y son las siguientes:

“Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos.

Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado [...].

Se reforma el artículo 822 del Código Civil, dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto

del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible. [...].

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

Se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código Civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiéndose por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.”

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, que reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, trata sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, sin perjuicio del tratamiento específico en la ley del Reglamento Civil de 2011.

De gran importancia es la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual reformó numerosas leyes, entre ellas, la LIONDAU y la LISMI. Un mes más tarde, el 16 de septiembre, el Real Decreto 1276/2011 desarrolló la Ley 26/2011, introduciendo mejoras en el Código Penal, la Ley del Tribunal del Jurado y la Ley de Jurisdicción voluntaria. La Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se adapta a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Refunde y armoniza en una sola ley, la antigua LISMI, así como la LIONDAU y la ley de Infracciones y Sanciones (Ley 49/2007, de 26 de diciembre), por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de

igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pretende llevar a cabo una serie de cambios para cumplir con los compromisos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y lo lleva a cabo adaptando la normativa española, impulsando el cumplimiento de los plazos y adentrándose en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La Ley 15/2015 de 2 de julio de la ley de la Jurisdicción Voluntaria intenta proporcionar una mayor coherencia sistemática y racionalidad a nuestro ordenamiento jurídico procesal. Trata de adaptarse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, de Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ajustándose a la terminología implantada por la misma, por lo que los términos de incapaz o incapacitación quedan anticuados, y son sustituidos por el de personas cuya capacidad está modificada judicialmente.

El Anteproyecto de ley, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, es un intento de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York de 2006, siendo clave actualizar internamente el derecho a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, el cual ha sido perseguido por multitud de entes como la ONU, Parlamento Europeo, Consejo Europeo, u organismos estatales.

Este Anteproyecto de ley consta de cinco artículos: el primero modifica el CC; el segundo modifica la Ley Hipotecaria; el tercero la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil; el cuarto la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; el quinto la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria.

Se trata de luchar por la igualdad de oportunidades y la no discriminación de los excluidos. El Anteproyecto suprime la incapacitación, sustituyéndola por un procedimiento de provisión de apoyos. La tutela para los mayores de edad y la patria potestad prorrogada o rehabilitada es también suprimida, mientras que la curatela sin incapacitación previa se convierte en la figura central, bien curatela asistencial, de apoyo, o curatela representativa. Se trata de atender a los aspectos personales, y no

únicamente los patrimoniales. Se prefieren las medidas preventivas y la autorregulación frente a las medidas judiciales. La guarda de hecho se ve reforzada, con el objetivo de permanecer en el tiempo. A la persona se le escucha siempre, independientemente de sus necesidades de apoyo<sup>10</sup>.

Podría suponer el avance necesario para conseguir la igualdad ante la ley y el pleno reconocimiento de las personas con discapacidad. Como establece el Dictamen 5/2018 del Consejo Económico y Social de España<sup>11</sup>: “El Anteproyecto busca incorporar al ordenamiento el cambio de modelo en el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad que impulsó la Convención de 2006. Se pasaría, así, de un modelo paternalista, basado en la protección, asistencia y cuidado de la persona con discapacidad, a un modelo social donde las personas con discapacidad son sujetos de pleno derecho y, como tales, titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, sin menoscabar su seguridad jurídica, mediante la provisión del apoyo y la salvaguardia necesarias”.

En la línea del Anteproyecto, debemos tener en cuenta la reciente Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Nuestro Estado debe garantizar la igualdad de trato y no discriminación de todas las personas ante la ley, como recoge el artículo 14 de la Constitución, al igual que el artículo 14 de la ya mencionada Convención de Nueva York.

Con la modificación realizada por la LO 2/2018, de 5 de diciembre, se suprime el apartado b y c del artículo tercero que privaba del derecho de sufragio a las personas judicialmente incapacitadas, como mostraremos a continuación en el siguiente cuadro resumen:

---

<sup>10</sup> Consultado <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/> el día 02/06/2019.

<sup>11</sup> Dictamen 5/2018, Sesión Ordinaria del Pleno 24 de octubre de 2018. “Sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”.

<b>Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio en su artículo tercero</b>	<b>Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre en su artículo único</b>
<p>«1. Carecen de derecho de sufragio:</p> <p>a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento</p> <p>b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.</p> <p>c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.»</p>	<p>Uno. Se suprimen los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3.</p> <p>Dos. El punto segundo del artículo 3 quedará redactado de la siguiente forma:</p> <p>«2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.»</p>

## **2. Medidas en Derecho sucesorio de protección de las personas discapacitadas**

No existe ninguna duda en reconocer que en el ámbito sucesorio, las personas declaradas judicialmente incapacitadas siempre han necesitado mecanismos legales de protección. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad supuso la modificación de los arts. 831, 822 y 1041 CC, y de la constitución del patrimonio protegido, mientras que la mejora del testamento, el art. 841 CC, el legado de renta vitalicia o legado de alimentos y educación y las sustituciones pupilar y ejemplar han permanecido inalterados.

### **2.1. Instituciones de protección**

#### **a. Mejora en el testamento**

Se trata de una de las formas de protección de las personas con discapacidad más utilizadas, y consiste en atribuir el tercio de mejora y el de libre disposición al hijo con alguna discapacidad, a parte de su correspondiente parte del tercio de legítima estricta. Por tanto, el resto de legitimarios únicamente tendrán derecho a la legítima estricta.

Sin embargo, una de las modificaciones que introduce la Ley 41/2003 es la de permitir que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003.

b. Pago de la herencia según el artículo 841 CC

De acuerdo con el art. 841 CC, el testador o contador-partidor podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

Se establece una opción a favor del adjudicatario de todo o parte del caudal a elegir, bien la obligación de pagar en metálico la estimación de la porción hereditaria de aquellos a quienes corresponda, o bien renunciar a ella y someterse a las reglas normales de partición<sup>12</sup>.

Por lo tanto, cabe la posibilidad de que se atribuya todo o parte de la herencia al discapacitado, pagando a las demás partes la porción correspondiente en metálico, o a la inversa, atribuyendo la herencia a los demás legitimarios, con pago al discapacitado de su porción a través de un fondo dinerario, con nombramiento de un tutor o curador para que lleve a cabo la administración<sup>13</sup>.

c. Legado de renta vitalicia o legado de alimentos y educación

Existen otras posibilidades como son el legado de renta vitalicia, regulado en el artículo 880 CC, por el que se lega una pensión periódica o cantidad anual, y donde el legatario podrá exigir la primera cuota ante la muerte del testador.

La otra es el legado de alimentos y educación, regulado en el art.879 CC, que establece que el legado de educación permanecerá hasta la mayoría de edad del

---

<sup>12</sup> RIVAS MARTINEZ, *Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>13</sup> Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/INCAPACITADO-SUCESIONES.htm>  
(Consulta: 25/05/2009)

legatario, mientras que el de alimentos se mantendrá mientras viva el legatario, salvo que el testador disponga otra cosa.

#### d. Sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar

La sustitución pupilar consiste en que, en el caso que los menores de catorce años y dado que no pueden testar (art. 663.1º CC), y por lo tanto van a fallecer intestados, podrán sus ascendientes nombrarles un sustituto<sup>14</sup>. En virtud de ello, el art. 775 CC afirma que “los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”.

La sustitución pupilar dejará de tener efecto cuando el sustituido alcance la edad de catorce años, por nulidad del testamento en el que se estableció la misma, fallecimiento del sustituto pupilar antes del sustituido, incapacidad o indignidad para suceder el sustituto o por su renuncia y por la revocación de la sustitución pupilar ordenada por el ascendiente.

Y en cuanto a la sustitución ejemplar, regulada en el art. 776 CC, establece que los padres y demás ascendientes también podrán nombrar sustitutos para sus hijos mayores de catorce años que hayan sido declarados incapaces por enajenación mental, con el fin de evitar la sucesión intestada del incapaz debido a la imposibilidad de otorgar testamento a causa de su incapacidad. La validez de la sustitución ejemplar está condicionada a que la incapacidad sea declarada judicialmente. La sustitución quedará sin efecto por el testamento otorgado por el incapacitado durante un intervalo de lucidez o después de haber recobrado la razón.

A continuación, determinaremos las principales características de los sujetos que intervienen en las sustituciones pupilar y ejemplar, que son el sustituyente, el sustituido y el sustituto.

El sustituyente es el ascendiente menor de catorce años que, a través de testamento, designa a un sustituto. No se requiere que el ascendiente ostente la patria potestad sobre el sustituido.

---

<sup>14</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII”, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág.103.

El sustituido es el menor de catorce años, en la sustitución pupilar, cuya facultad se extingue cuando se alcanzan los catorce años, independientemente de lo que determine el testamento. Mientras que en el caso de la sustitución ejemplar, el sustituido es la persona con discapacidad, que debe haber sido declarado judicialmente. El mismo, ha de ser mayor de catorce años, pues en caso contrario, estaríamos ante la sustitución pupilar. En el momento en que cumpla los catorce años, con la correspondiente declaración judicial de incapacidad, podrá llevarse a cabo la sustitución ejemplar.

Y el sustituto es el heredero que ha sido nombrado por el ascendiente que lleva a cabo la sustitución pupilar o ejemplar. El sustituto hereda al sustituido, y no al sustituyente<sup>15</sup>.

En la sustitución pupilar y ejemplar, no hay verdaderamente una sustitución del heredero, como sí ocurre con la sustitución fideicomisaria, sino que el sustituido es el causante que, por no poder testar válidamente, es reemplazado en dicha actividad por un ascendiente, por así permitirlo excepcionalmente el legislador, derogando el principio establecido por él del carácter personalísimo del testamento.

## **2. 2. Medidas afectadas por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre**

### **a. Constitución del patrimonio protegido**

La Ley 41/2003 regula los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, con el objetivo de favorecer la constitución de estos fondos patrimoniales vinculados a la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

El beneficiario será el discapacitado afectado por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 105.

al 65%. Por otro lado, los constituyentes será la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga plena capacidad de obrar, sus padres, tutores, curadores o guardador de hecho.

Las aportaciones que se realicen deberán hacerse mediante documento público o resolución judicial y a título gratuito.

En cuanto a la administración, se regula con gran flexibilidad, de forma que podrá corresponder a quien constituya el patrimonio, sea la propia persona con discapacidad, sean sus padres. Podrá también confiarse a terceras personas. La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, al que deberá rendir cuentas de su gestión el administrador del patrimonio distinto del beneficiario o sus padres.

#### b. La fiducia sucesoria

El artículo 831 CC no se refiere específicamente a los discapacitados, pero la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre tiene el objeto de introducir una nueva figura, ya existente, de protección patrimonial indirecta del discapacitado, puesto que le incrementa al testador las facultades para mejorar y distribuir la herencia entre sus descendientes. Tal incremento permitiría no precipitar la partición cuando exista un discapacitado y aplazar dicha partición a un momento posterior, en el que pueda valorarse correctamente y tenerse en consideración las circunstancias y las necesidades de la persona con discapacidad. También se les pueden conceder estas facultades a los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

Desglosando el artículo 831 CC, extraemos las siguientes disposiciones:

Se podrán conferir facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes y 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.

Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes a los que se refiere el párrafo anterior. El cónyuge deberá respetar las legítimas estrictas, las

mejoras y demás disposiciones del causante y las disposiciones realizadas por el cónyuge viudo en favor de los hijos o descendientes comunes.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

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.

Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Se sigue respetando el sistema de las legítimas, tanto las legítimas estrictas como las mejoras y demás disposiciones del causante. Se insiste en proteger las legítimas, aunque el favorecido no sea descendiente común. También deberá respetarse la parte del preterido en caso de que exista preterición, regulada en el art. 814 CC.

La fiducia sucesoria constituye un derecho, pero a la vez un deber. La persona viuda administra los bienes de la masa hereditaria, respetando los deseos del difunto, y podrá hacer atribuciones y adjudicaciones. Dicha gestión implica la custodia y conservación de los bienes del difunto, y también la obtención de los frutos y rendimientos de la masa hereditaria<sup>16</sup>.

En cuanto a la administración, su regulación es escasa en el CC, y se establece que el administrador deberá realizar los actos necesarios para obtener los rendimientos correspondientes, hasta la liquidación completa de la herencia. No podemos hablar de un contador-partidor<sup>17</sup>, ya que tiene más competencias que las de reparto y distribución de los bienes. Puede elegir los hijos o familiares a quien mejorar, mediante las atribuciones del testador.

---

<sup>16</sup> CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 83-98.

<sup>17</sup> Según ROCA GUILLAMÓN no es un contador partidor, se asemeja más a la partición hecha por el propio difunto, *op. cit.*, pág. 4295.

El viudo deberá conservar, conforme al art. 781 CC, y deberá ser diligente. Puede que en ocasiones, tenga que rebasar los límites de la administración como tal. Siempre buscando el mayor beneficio posible.

#### c. Donación o legado del derecho de habitación

El legislador, con la implantación de esta medida, ha intentado facilitar el acceso a la vivienda de las personas con discapacidad. Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2003 no disponíamos de ninguna norma civil que facilitara a la persona con discapacidad al uso de una vivienda, cuestión que sí permite la nueva redacción del art. 822 CC.

El artículo 822 CC dispone que “la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella”.

La ley 41/2003 de 18 de noviembre reforma el artículo 822 del Código Civil, dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite, un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

#### d. Gastos no colacionables

El art. 1035 CC establece la obligación general de traer a colación lo que hubiesen recibido en vida del causante a título lucrativo, para el respeto del principio de

igualdad entre los legitimarios a la hora de partir la herencia. Se procederá siempre a la colación, salvo que el testador establezca lo contrario de forma expresa.

Sin embargo, con la nueva redacción del art. 1041 CC, se establece que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes que se realicen para satisfacer las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. Esto es, los bienes que hubiere recibido la persona judicialmente incapacitada de la persona fallecida en vida de éste, ya sea por donación u otro título lucrativo, no se computarán para la partición de la herencia.

Por tanto, se excluyen de traer a colación los gastos realizados en favor de los descendientes con discapacidad, cuando hayan sido costeados por los padres, pero también por los ascendientes.

La función de la nueva redacción del art. 1041 CC es ayudar en la medida de lo posible a contribuir con los gastos especiales de las personas con discapacidad, y poder atender a sus necesidades especiales con las mayores garantías.

e. Artículo 808 CC

El artículo 808.III CC introduce una novedad muy importante, y es que cuando alguno de los hijos o descendientes del testador haya sido judicialmente incapacitado, éste podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, y donde el fiduciario sería el hijo o descendiente incapacitado judicialmente y los fideicomisarios el resto de legitimarios.

### **III. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL PARA LAS PERSONAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS**

#### **1. Posible fin de la tangibilidad de la legítima**

La legítima es definida en el art. 806 CC como la porción de bienes que el testador no puede disponer por haber sido reservada por la ley a determinados herederos, denominados herederos forzosos.

En nuestro Código Civil, se mantiene el sistema de legítimas, el cual limita en gran medida la facultad de disposición del testador. Concretamente, le corresponden a los hijos o descendientes  $\frac{2}{3}$  de la masa hereditaria total, siendo únicamente  $\frac{1}{3}$  el de libre disposición.

Desde hace un tiempo, algunos autores consideran que las legítimas deberían desaparecer. Otros, estiman que deberían ser rebajadas considerablemente, proporcionando la libertad del testador a la hora de distribuir la herencia. Ello nos hace pensar en la necesidad de una reforma del Derecho de Sucesiones, sin duda compleja.

Con la finalidad de proponer una alternativa, analizamos la Propuesta del Código Civil, llevada a cabo por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. En la misma se trata el sistema de las legítimas de la siguiente forma: El artículo 467 define la legítima como “la porción de bienes a que tienen derecho determinadas personas en la sucesión del causante”. Establece quiénes serán los legitimarios, propuesta que apenas se diferencia de la regulación en el CC.

El artículo 467.3 de la Propuesta, establece la cuantía de la legítima de los descendientes, y ésta será la mitad del caudal fijado. No obstante, el causante podrá aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de uno o de varios hijos, incluso de los descendientes más alejados en grado. En el caso de que existiera un único descendiente, la legítima sería de un tercio.

Por su parte, el artículo 467.4 de la Propuesta, dispone la cuantía de la legítima de los ascendientes, la cual constituye la tercera parte del caudal hereditario, salvo los casos en que concurra uno solo más próximo en grado o en que, existiendo varios, concurran con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo caso sería de un

cuarto. La legítima de los progenitores se divide en dos partes iguales. Si uno de ellos ha muerto, al sobreviviente le corresponde un cuarto. Pero ante la ausencia de progenitores, pero existencia de ascendientes en igual grado de las líneas paterna y materna, se divide el derecho a la legítima por mitad entre ambas líneas.

Respecto la cuantía de la legítima del cónyuge viudo, la cual se regula en la Propuesta en el artículo 467.5, se constituye por el usufructo de una parte del caudal hereditario. Cuando la sucesión concorra con descendientes, el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal; cuando concorra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición; y cuando concorra con ascendientes el usufructo será de la mitad del caudal, y se imputará a la porción de libre disposición.

Debemos destacar también el artículo 467.7, acerca del derecho de habitación en favor del legitimario que sea persona con discapacidad. En el mismo, se establece que “la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad no se computa para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos conviven en ella”<sup>18</sup>.

Merecen mención los distintos Derechos forales, como son Aragón, Navarra, País Vasco, Cataluña, Galicia o las Islas Baleares. Entre estos Derechos forales y nuestro Código Civil existen numerosas discrepancias.

En Aragón, son legitimarios los hijos y descendientes, los cuales tienen derecho a la mitad del patrimonio del testador. Una peculiaridad muy significativa del sistema de legítimas aragonés es que el testador puede distribuir la legítima de manera desigual entre todos o varios de los descendientes, o bien atribuirle a uno solo de ellos. Se habla de una legítima colectiva, ya que todos los hijos o descendientes tienen derecho a la mitad del patrimonio, pero de forma individual, no poseen ningún derecho<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> GALICIA AIZPURUA, GORKA: *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Libro IV, Título VI, Capítulo VII, Sección 1ª: Tecnos, Madrid, 2018 pág. 597.

<sup>19</sup> Compilación Aragonesa: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007> (Consulta: 31/05/2019).

En Navarra, el reconocimiento del testador sobre los legitimarios no es de carácter económico. El testador podrá distribuir los bienes con plena libertad, sin la limitación de legítima<sup>20</sup>.

En el País Vasco, a los hijos o descendientes les corresponde cuatro quintas partes de la herencia, donde el testador tendrá libertad para establecerla a favor de uno o de los legitimarios que desee. En caso de no existir hijos o descendientes, los padres y abuelos del testador tendrán derecho a la mitad de la herencia<sup>21</sup>.

En Cataluña, son legitimarios los hijos por partes iguales, a los que les corresponde una cuarta parte de la herencia. En caso de no existir descendientes, lo serán los ascendientes. El cónyuge no se considera legitimario en Cataluña. Para que tenga la posibilidad de heredar, el testador deberá establecerlo en el testamento<sup>22</sup>.

En Galicia, a los legitimarios les corresponde una cuarta parte de la herencia. El cónyuge viudo podrá adquirir el usufructo de una parte de la herencia, y éste tiene preferencia para que su parte de la legítima sea la vivienda habitual en la que reside<sup>23</sup>.

Por último, en las Islas Baleares debemos distinguir entre las distintas islas. En Mallorca y Menorca, a los hijos les corresponde un tercio de la herencia cuando sean cuatro o menos hermanos, y la mitad de la herencia en el caso en el que haya cinco o más hijos y nietos. En el caso de que haya cuatro o menos descendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia, y dos tercios si aún viven los padres o abuelos. En caso de que no haya ascendientes ni descendientes, al cónyuge le correspondería toda la herencia. Por otro lado, en Ibiza y Formentera, a los hijos y a los padres les corresponde un tercio de la herencia, o en el caso de que haya más de cuatro descendientes, la mitad<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-330> (Consulta: 31/05/2019).

<sup>21</sup> Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8273](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8273) (Consulta: 31/05/2019).

<sup>22</sup> Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (artículo 451): <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-13533> (Consulta: 31/05/2019).

<sup>23</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-14563> (Consulta: 31/05/2019).

<sup>24</sup> Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOIB-i-1990-90001> (Consulta: 31/05/2019).

La entrada en vigor de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, puede suponer un punto decisivo en el devenir del sistema de las legítimas. Esta ley no realiza una reforma como tal de dicho sistema, ya que no varía la cuantía ni el régimen general. Sin embargo, se producen una serie de cambios que permitirían al testador, disponer de la legítima a favor de un legitimario declarado judicialmente incapacitado. Por primera vez, el legislador reduce o limita los derechos de los legitimarios a su parte correspondiente de la legítima<sup>25</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el régimen de las legítimas, se divide en tres partes: el tercio de la legítima estricta, el cual se distribuye, a partes iguales, entre los hijos o descendientes; el tercio de mejora, incrementando la cuantía de los mismos, pudiendo hacerse de manera desigual, pudiendo mejorar a uno y a otro no, a parte iguales, etc.; y el tercio de libre disposición, sobre el que el testador puede disponer libremente.

Sin embargo, a partir de la nueva redacción del artículo 808 CC, el tercio de la legítima estricta podrá ser gravado, con un fideicomiso sobre el hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Es por ello que con la entrada en vigor de la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, puede constituir los inicios para considerar la revisión del sistema de legítimas actual. No se trata de una reforma general de la materia, pero puede constituir un paso fundamental en la evolución del sistema de las legítimas, el cual no había sido modificado con anterioridad.

## **2. Sustitución Fideicomisaria**

La sustitución fideicomisaria, como establece el artículo 781 CC, consiste en un encargo al heredero para que conserve y transmita a un tercero la totalidad o una parte de la herencia, siempre dentro del segundo grado o que vivan en el tiempo en que el testador fallezca. La sustitución fideicomisaria se caracteriza por el orden sucesivo de llamamientos.

Debemos distinguir entre sustitución fideicomisaria pura y la condicional. La diferencia básica entre ambas es que en la condicional, el llamamiento del

---

<sup>25</sup> DÍAZ ALABART, S.: "El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2006, pág. 2. (BIB 2006/385)

fideicomisario está sujeto a una condición; mientras que en la pura, el llamamiento se produce en el mismo momento del fallecimiento del testador.

Las partes que deben intervenir en la sustitución fideicomisaria son tres:

- El fideicomitente, que es quien ordena la sustitución fideicomisaria al otorgar testamento.
- El fiduciario es el llamado a la herencia en primer lugar, el cual deberá conservar la herencia a favor del fideicomisario.
- El fideicomisario es el destinatario final de la sustitución, y ésta se producirá cuando se produzca la circunstancia establecida, que normalmente es el fallecimiento del fiduciario.

En cuanto a la facultad de disposición del fiduciario, el fideicomitente podrá concedérsela *inter vivos* o *mortis causa*.

Existe una limitación para el fideicomitente establecida en el artículo 781 CC, y es la limitación del segundo grado, entendido como llamamiento. El término “grado”, no ha de entenderse referido a generaciones, sino al número de llamamientos de los fideicomisarios, por lo que es posible la designación de dos sustitutos fideicomisarios sucesivamente<sup>26</sup>, ya que, además, los dos grados se han de computar a partir del fiduciario. Así, caben dos transmisiones a dos fideicomisarios sin contar la del fiduciario<sup>27</sup>.

El fiduciario posee la obligación de custodia y conservación de los bienes hereditarios, dentro de los parámetros establecidos por el fideicomitente. Llegado el momento, normalmente con la muerte del fiduciario, deberá transmitir los bienes al fideicomisario, sin más gravámenes que los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo disposición contraria del testador.

La sustitución fideicomisaria ordinaria es aquella en la que el heredero tiene la obligación de conservar y transmitir a un tercero la totalidad o una parte de la herencia, según la voluntad del testador.

Mientras que en la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomitente autoriza al fiduciario a disponer de todo o de parte de los bienes de la herencia, por lo

---

<sup>26</sup> En este sentido, STS 31 de enero de 1980 (RJ 1980/176).

<sup>27</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *op. cit.*, pág. 114.

que el fideicomisario recibirá únicamente los bienes que el fiduciario no hubiere dispuesto, de manera que es desconocido el número de bienes que pasarán al fideicomisario. Al contrario de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria normal, el fiduciario no tiene obligación de conservar. El fiduciario dispondrá de la facultad de disposición.

El fideicomiso de residuo resulta especialmente útil para las personas casadas sin hijos que quieren que sus bienes pasen a su fallecimiento al cónyuge, a quien se le permite disponer de ellos, pero quieren también que, al fallecimiento del cónyuge, los bienes de los que no haya dispuesto pasen a su familia y no a la del cónyuge<sup>28</sup>.

### 3. Artículos 808, 782 y 813 CC

La Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad introduce una modificación en el Código Civil de gran importancia, ampliando la facultad del testador, permitiendo la posibilidad del mismo de gravar el tercio de legítima estricta, bajo una serie de circunstancias, que analizaremos a continuación.

Con la nueva redacción del art. 808 CC, concretamente en su párrafo tercero, establece: “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

Nos encontramos ante un fideicomiso excepcional, ya que se grava el tercio de legítima estricta y porque el fiduciario y el fideicomisario tienen que ser hijos o descendientes del causante. Asimismo, el fiduciario debe haber sido incapacitado judicialmente, se trata de una *conditio iuris*, ya que se encuentra implícita en la propia figura<sup>29</sup>.

Los presupuestos para la aplicación del art. 808 CC son la pluralidad de descendientes y que al menos uno de ellos, haya sido judicialmente incapacitado. En el

---

<sup>28</sup> COSTAS RODAL, L.: “La sustitución fideicomisaria. Especial referencia al fideicomiso de residuo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011 parte Comentario. Consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2010 3264).

<sup>29</sup> DÍAZ ALABART, S.: “El discapacitado y la tangibilidad...”. Op cit., pág. 5.

caso de que sólo exista un legitimario, a éste le corresponde todo el tercio de legítima estricta, libre de gravámenes.

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que el artículo 782 CC reitera la posibilidad de gravar la legítima estricta cuando se trate de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, muestra evidente de que en este sentido, cabe el gravamen de la referida legítima.

También lo ratifica el artículo 813 CC, en su párrafo 2º, el cual establece lo siguiente: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

Por lo tanto, los artículos 782 y 813 CC confirman lo dispuesto en el artículo 808.III CC, respecto a la intromisión en la legítima estricta de los herederos ante la existencia de una persona declarada judicialmente incapacitada.

#### **4. Conservación y transmisión del patrimonio fideicomitido**

##### **4.1. Tutela del fiduciario**

Se permite que una persona, previendo una futura incapacidad, pueda designar un tutor para él mismo. Al igual que cualquier persona puede solicitar al juez su propia incapacidad (art. 230 CC).

Las reformas llevadas a cabo en el CC, consisten básicamente en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que consideren respecto a su propia incapacidad, regular las facultades parentales respecto de la tutela, y alterar el orden de delación de la tutela.

Del mismo modo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Asimismo, el artículo 233 CC establece que los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Por otro lado, el artículo 234 CC expone que para el nombramiento de tutor se preferirá:

1. Al designado por el propio tutelado.
2. Al cónyuge que conviva con el tutelado.
3. A los padres.
4. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.
5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Mientras que el artículo 239 CC dispone que la entidad pública tenga encomendada la tutela de los incapaces, en caso de que ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá la tutela del incapaz; también cuando éste se encuentre en situación de desamparo, situación que se produce a causa del incumplimiento o del inadecuado ejercicio de los deberes, cuando queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Y es que será el tutor quien deberá velar, en último término, que el patrimonio fideicomitado se conserve para transmitir a los fideicomisarios, es decir, al resto de legitimarios.

#### **4.2. Sustitución fideicomisaria de residuo. Legítima estricta del resto de herederos**

Como el Código Civil no establece qué tipo de fideicomiso debe aplicarse, debería entenderse en principio que son válidos todos, donde incluimos el de residuo. El artículo 783 CC establece que “el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”. Con la

disposición “salvo que el testador haya dispuesto otra cosa”, se permite el fideicomiso de residuo<sup>30</sup>.

La sustitución fideicomisaria de residuo es la disposición de última voluntad del testador, mediante la cual se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, según establezca el testador. Esto conllevaría que el fideicomisario adquiriría los bienes que no haya dispuesto el fiduciario, que en el caso haber dispuesto de la totalidad, el fideicomisario se quedaría sin nada.

Ésta es la más frecuente en la práctica, más aún que la ordinaria, por lo que adquiere una importancia especial<sup>31</sup>.

El fideicomitente podría otorgar al fiduciario la facultad de consumir los bienes, enajenarlos o de disponer de alguno o de todos.

Dentro de la sustitución fideicomisaria de residuo, podemos distinguir, como afirma el Tribunal Supremo en determinadas sentencias<sup>32</sup> entre:

- *Si aliquid supererit* (si queda algo), en la que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos, sin límite. Por lo que los fideicomisarios, en el momento de recibir la herencia, adquirirán únicamente los bienes restantes, pudiendo ser nulos.
- *De eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), el fiduciario tendrá facultades de disposición *inter vivos* sobre algunos de los bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que el fideicomitente pretende hacer llegar algunos de los bienes a los fideicomisarios. En este caso, el fiduciario tendrá limitada la facultad de disponer.

Sin embargo, no deja de ser una opción, ya que por el hecho de que se permita, no significa que deba aplicarse necesariamente. El testador es quien mejor conoce la situación económica de sus hijos o descendientes, y la protección que necesita cada uno de ellos. Y dentro de la sustitución fideicomisaria de residuo tenemos la *eo quod*

---

<sup>30</sup> STS 1/2009 de 28 enero (RJ 2009\1356) y STS 327/2010 de 22 junio (RJ 2010\4900).

<sup>31</sup> RIVAS MARTÍNEZ, refiriéndose a la sustitución fideicomisaria de residuo, establece: “esta figura, es, sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sin número de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional”, “Problemas habituales en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista”, Tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

<sup>32</sup> El Tribunal Supremo lo refleja en las siguientes sentencias: STS de 7 de enero de 1959 o STS de 25 de mayo de 1971.

*supererit* y la *si aliquid superit*. En el caso de que se dé la primera, no se producirá nunca la desheredación de los fideicomisarios, ya que debe quedar parte de la herencia según la voluntad del testador. Aún si se diera la *si aliquid superit*, podría darse el caso de que el fiduciario no disponga de ellos por diferentes motivos (no lo necesite, fallecimiento al poco tiempo, etc.) por lo que los fideicomisarios podrían recibir parte de la herencia que les correspondería<sup>33</sup>.

Destacan las opiniones de diversos autores, como Díaz Alabart<sup>34</sup>, según la misma no debería plantearse la posibilidad de establecer un fideicomiso de residuo, ya que podría convertirse más que en una forma de gravar la legítima, en una especie de desheredación para los fideicomisarios. Podrían verse privados totalmente de su legítima, si el fiduciario pudiese disponer de los bienes fideicomitidos. Considera excesivo el fideicomiso de residuo. Al tratarse de un supuesto excepcional, se inclina por una restricción de la sustitución fideicomisaria de residuo, para causar el menor perjuicio posible, pero sin excluirlo totalmente, puesto que el legislador no ha impuesto ninguna limitación al respecto.

Cámara Lapuente<sup>35</sup>, sin embargo, opta por eliminar la posibilidad de que el resto de coherederos pueda quedarse sin su correspondiente parte de la herencia, es decir, su legítima estricta.

La sustitución fideicomisaria de residuo podría suponer una reducción o incluso la eliminación de la legítima estricta de los fideicomisarios. El artículo 808.III CC va a tener como objetivo el beneficiar al descendiente incapacitado judicialmente en situaciones de necesidad. Sólo en casos de estricta necesidad y previsto de manera expresa por el testador, estará autorizado el fiduciario para disponer *inter vivos* de los bienes fideicomitidos<sup>36</sup>.

En nuestra opinión, el CC no regula expresamente la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo, por lo que da lugar a diversas interpretaciones. Lo que es claro es que existe la posibilidad de establecer un fideicomiso de residuo, ya que no se

---

<sup>33</sup> BOTELLO HERMOSA, P.: "Posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria española como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, nº94, Nº769.

<sup>34</sup> DÍAZ ALABART, S.: "El discapacitado y la tangibilidad..." cit., pág. 5.

<sup>35</sup> CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 726

<sup>36</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "Comentario al art. 808 del Código Civil" de Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Código Civil Comentado*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5863.

limita a un tipo en concreto. Bien es cierto, que nos parece excesivo que se pueda establecer la sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* (si queda algo), ya que ello podría suponer la desheredación total del resto de coherederos. Por ello proponemos, que siempre quede una parte reservada al resto de legitimarios, por pequeña que sea.

### **4.3. Posible inconstitucionalidad**

Tras la promulgación de la Ley 41/2003, como hemos comentado, se podrá establecer en el testamento a favor de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, tal y como establece el artículo 808 CC. Ello, podría suponer la privación a los demás herederos forzosos de su legítima estricta, hasta ese momento intocable, por lo que resulta oportuno plantear la posible inconstitucionalidad de esta figura.

Los motivos en los que se podría fundamentar su inconstitucionalidad son la vulneración de los artículos 33 y 39 de nuestra Constitución, y su correspondiente función social. El artículo 33.1 CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, mientras que el 39 establece que los padres tienen la obligación de prestar asistencia a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, cuando sean menores de edad o se establezca legalmente.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Alemán, el 19 de abril de 2005, dictó una sentencia en la que afirmaba que la legítima de los descendientes está protegida constitucionalmente. La referida constituye un valor protegido constitucionalmente, por lo que los descendientes no pueden verse privados de la misma. La esencia de la sentencia fue la protección de dicha legítima de los descendientes, a los que se les garantiza la participación en la herencia con independencia de sus necesidades. El artículo 14 de la Constitución Alemana establece el derecho a la herencia, y el artículo 6.1, la solidaridad familiar entre generaciones. Sin embargo, en Italia, se planteó la legitimidad constitucional de la sustitución fideicomisaria, a causa de la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima. Parte de la doctrina denunció su inconstitucionalidad, por vulnerar el artículo 29.1 de la Constitución Italiana, que reconoce y protege los derechos de la familia, y por vulnerar también el artículo 3, que reconoce el principio de igualdad. No obstante, la corriente dominante consideraba que el legislador podía poner fin a la intangibilidad de la legítima a favor del incapacitado, como medio de protección y asistencia de las personas con discapacidad. En el año

1975, a raíz de la reforma introducida en el Derecho de Familia, se permite otorgar la legítima estricta de los descendientes, a la persona con discapacidad, y se consideró ajustada a derecho y constitucional<sup>37</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, es totalmente constitucional, ya que la función de la reforma no va más allá de la protección y asistencia de las personas con discapacidad, y lo salvaguarda del artículo 49 CE, que establece la necesidad de garantizar la integración y defensa de los derechos de las mismas por parte de los poderes públicos.

##### **5. ¿Afecta la nueva redacción del artículo 808 CC al sistema de legítimas?**

Se plantea la cuestión de si por el hecho de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de una persona judicialmente incapacitada, el fideicomitente pierde la libertad sobre el tercio de mejora y el de libre disposición.

Cuestión que la ley nada dice al respecto, aunque resulte cuanto menos extraño que el fideicomitente pueda gravar la legítima estricta de los hijos o descendientes, y que su capacidad de disponer de los dos tercios restantes de la herencia no se vea afectada. El artículo 808 CC no indica nada respecto a la disposición que posee el testador sobre los tercios de mejora y libre disposición.

Conforme al tenor literal de la norma, el testador podría mejorar a otro de los descendientes, que no al incapacitado judicialmente, dejándole el tercio de libre disposición. Pero entonces no tendría sentido la intromisión en la legítima estricta del resto de legitimarios, por lo que consideramos que los restantes tercios deberán ir unidos a la idea de proteger a la persona judicialmente incapacitada.

Por lo tanto, excluimos la idea de que el testador disponga libremente de los dos tercios restantes, pero, ¿hasta qué punto? Si el legislador hubiese dispuesto algo al respecto, no cabrían dudas.

Lo lógico es pensar, que si con la introducción de la reforma de la Ley 41/2003 lo que se pretende es proteger al discapacitado judicialmente, que el tercio de mejora y el de libre disposición vayan unidos a la idea de favorecer al incapacitado.

---

<sup>37</sup> BOTELLO HERMOSA, P.: "Posible inconstitucionalidad..." op cit. Pág. 2536.

Aunque existen otros intereses que también requieren protección, como puede ser la legítima del cónyuge viudo. El cónyuge viudo, de acuerdo con el artículo 807 CC, tiene la consideración de heredero forzoso. Y el artículo 834 CC establece que el cónyuge viudo, en el momento de repartir la herencia, tendrá derecho al usufructo del tercio de mejora, salvo los casos de separación o divorcio. Por tanto, entran en juego intereses enfrentados, entre el incapacitado y el cónyuge viudo.

Este caso en concreto, podría incluso favorecer al incapacitado, ya que el cónyuge viudo, en caso de ser progenitor, podría ocuparse de él. Y también, porque debería existir una mención expresa que lo establezca, para poder eliminar totalmente la libertad de testar, y no es así<sup>38</sup>.

En este caso, consideramos que si el legislador llevara a cabo un tratamiento más preciso respecto a qué ocurre con los restantes dos tercios de la herencia, o cómo se distribuyen éstos en caso de que exista un hijo o descendiente con discapacidad y el cónyuge viudo, podríamos evitar esta situación de incertidumbre.

## **6. Otras cuestiones acerca de la aplicación de la sustitución fideicomisaria en beneficio de las personas judicialmente incapacitadas**

### **6.1. Pluralidad de legitimarios declarados judicialmente incapaces**

La existencia de una pluralidad de incapacitados puede suponer problemas, con los que el legislador no había dispuesto. Unas de las propuestas que se ha hecho ante la existencia de varios incapacitados es que el testador los nombre fiduciarios sucesivos, y no cofiduciarios.

Podemos establecer dos formas de fideicomiso sucesivo: la primera, que el primer y segundo llamado sean los incapacitados, y el tercero y último legitimario, sea no incapacitado; y la segunda, sustitución recíproca de los discapacitados con sus correspondientes partes que vayan dejando según se produzcan los fallecimientos de los discapacitados. En caso de llevarse a cabo esta segunda opción, el gravamen a soportar por parte del legitimario sería más elevado, ya que su legítima estaría sometida a una

---

<sup>38</sup> DÍAZ ALABART, S.: "El discapacitado y la tangibilidad..." cit., pág. 16.

sustitución fideicomisaria compuesta, por lo que para percibir su parte correspondiente de la legítima debería esperar al fallecimiento de todos los discapacitados<sup>39</sup>.

## **6.2.¿Qué ocurre si el fiduciario recuperara la capacidad?**

La sustitución fideicomisaria que regula el artículo 808 CC se establece para las personas declaradas judicialmente incapaces. Este requisito de la incapacidad es una *conditio iuris*, como ya hemos mencionado con anterioridad, ya que va implícito en la figura. Por lo tanto, si el fiduciario recuperara en algún momento la capacidad, los bienes fideicomitidos pasarían automáticamente a los fideicomisarios.

Bien es cierto, que al tratarse del tercio de legítima estricta, los bienes fideicomitidos irán a partes iguales entre todos los legitimarios, incluyendo al hijo que había sido declarado incapaz<sup>40</sup>.

## **6.3. ¿Afecta la sustitución fideicomisaria a la parte de la legítima estricta del hijo o descendiente judicialmente incapacitado?**

La cuestión está cuando el descendiente incapacitado judicialmente es también legitimario, ya que el artículo 808.III CC recae sobre el tercio de legítima estricta. En caso de quedar afecto, el fiduciario incapacitado tendría que someter su parte de la legítima a las normas del fideicomiso. Si no fuera así, su parte de la legítima estricta no estaría afectada a la sustitución fideicomisaria y por tanto estaría libre de gravámenes.

Para resolver esta duda, el testador podría establecer cuál es su voluntad. En caso de no pronunciarse al respecto, y de acuerdo al tenor literal de la norma, podría considerarse que el fideicomiso afectará a todo el tercio de legítima estricta, absorbiendo la legítima del fiduciario. Ello conllevaría que, al fallecer el fiduciario, los bienes fideicomitidos, incluida la legítima del incapacitado, pasarían a los fideicomisarios<sup>41</sup>.

Se plantea una cuestión, y es la posibilidad de disposición que tendrá el tutor sobre los bienes que conforman la legítima estricta del discapacitado mientras éste viva,

---

<sup>39</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M: "Comentario al art. 808 del Código Civil" en Cañizares Laso, A. (dir. y coord.), De Pablo Contreras, P. (dir.), Orduña Moreno, J. (dir.), Valpuesta Fernández, R. (dir.), Cámara Lapuente, S. (coord.), Sánchez Hernández, C. (coord.). *Código Civil Comentado*, Volumen II, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 782.

<sup>40</sup> DÍAZ ALABART, S.: "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente" *Revista de Derecho Privado*, Año nº 88, Mes 3, 2004, pág. 267.

<sup>41</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "Comentario al art. 808 del Código Civil" de Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Código Civil Comentado*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5863.

ya que la persona con discapacidad no podrá otorgar testamento. En principio, el tutor tendrá disposición sobre los mismos, ya que es el responsable de gestionar el patrimonio de la persona con discapacidad, y velar por los intereses de la misma.





#### **IV. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** Los poderes públicos llevarán a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, lo que implica el respeto de sus derechos fundamentales. Y este sentido es el que ha impulsado la atención del legislador.

**SEGUNDA.** Desde la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, se ha producido una evolución para el goce de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. En este sentido, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad busca incorporar al ordenamiento jurídico el cambio de modelo en el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, pasando de un modelo paternalista, basado en la protección, asistencia y cuidado de la persona con discapacidad, a un modelo social donde las personas con discapacidad son sujetos de pleno derecho y, como tales, titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, sin menoscabar su seguridad jurídica, mediante la provisión del apoyo y la salvaguardia necesarias

**TERCERA.** Resulta especialmente significativa la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y concretamente las disposiciones en materia de Derecho de Sucesiones para la salvaguarda y seguridad de las personas discapacitadas. Entre las referidas medidas, destacamos la permisión al testador de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, cuando se trate de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado; el trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad; la concesión al testador de amplias facultades para no precipitar la herencia cuando exista un hijo o descendiente con discapacidad; o evitar traer a colación los gastos realizados por los padres o ascendientes, para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad.

**CUARTA.** De todas las medidas establecidas en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la más relevante es la nueva redacción del artículo 808.III CC. Es la primera vez que el legislador acude a la figura de la sustitución fideicomisaria para afectar al sistema de las legítimas. El testador podrá establecer, cuando haya algún hijo o descendiente

incapacitado judicialmente, una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta.

**QUINTA.** Dada la escasa regulación existente de la sustitución fideicomisaria en el propio CC, que omite incluso la referencia expresa a la sustitución fideicomisaria de residuo, y a la que la referencia a la misma en el artículo 808.III CC no determina tampoco el régimen legal respecto a la misma cuando afecta a la legítima, ante la existencia de un familiar declarado judicialmente incapacitado, se plantean una serie de cuestiones en torno a su aplicabilidad. La principal duda surge en relación a si cabe la misma sustitución fideicomisaria de residuo en evitación de la posible desheredación del resto de herederos.

**SEXTA.** Existen además otras cuestiones que se pueden plantear, ante el silencio del precepto legal, como serían la disponibilidad del tercio de mejora y del tercio de libre disposición, o la afectación de la legítima del cónyuge viudo, que requieren de una interpretación para la aplicación por los tribunales.

**SÉPTIMA.** Se habla de una posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas, ya que se cuestiona que se respeten los derechos de las personas a la propiedad privada y la herencia, establecidos en el artículo 33 CE. Ahora bien, consideramos que es totalmente constitucional, ya que la función de la reforma no va más allá de la protección y asistencia de las personas con discapacidad, y su salvaguarda del artículo 49 CE.

**OCTAVA.** La entrada en vigor de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, puede suponer un punto de inflexión en el devenir del sistema de las legítimas. Esta ley no realiza una reforma como tal de dicho sistema, ya que no varía la cuantía ni el régimen general. Sin embargo, se producen una serie de cambios que permitirían al testador, y en concreto el que permite disponer de la legítima a favor de un legitimario declarado judicialmente incapacitado, que por primera vez, reduce o limita, aun cuando sea de forma temporal, los derechos del resto de legitimarios a su parte correspondiente de la legítima.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOTELLO HERMOSA, P.: “Posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria española como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, Año 94, nº 769, págs. 2527-2547.
- COSTAS RODAL, L.: “La sustitución fideicomisaria. Especial referencia al fideicomiso de residuo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011 parte Comentario. Consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2010 3264).
- CREMADES GARCÍA, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, Madrid, 2014.
- DIAZ ALABART, S.: “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2006, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2006/385).
- DÍAZ ALABART, S.: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente” *Revista de Derecho Privado*, Año nº 88, Mes 3, 2004, págs. 259-270.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Comentario al art. 808 del Código Civil” en Cañizares Laso, A. (dir. y coord.), De Pablo Contreras, P. (dir.), Orduña Moreno, J. (dir.), Valpuesta Fernández, R. (dir.), Cámara Lapuente, S. (coord.), Sánchez Hernández, C. (coord.). *Código Civil Comentado*, Volumen II, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 778-785.
- GALICIA AIZPURUA, GORKA: *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Libro IV, Título VI, Capítulo VII, Sección 1ª: Tecnos, Madrid, 2018, págs. 597-600.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “Comentario al art. 808 del Código Civil” de Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Código Civil Comentado*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5856-5871.

- RIVAS MARTÍNEZ, JJ: *Problemas habituales en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

## WEBS CONSULTADAS

- <https://www.notariosyregistradores.com>
- <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-cuantas-personas-discapacidad-hay-espana-20171202120315.html> el día 05/04/2019
- [https://elpais.com/politica/2018/10/17/actualidad/1539804297\\_438797.html](https://elpais.com/politica/2018/10/17/actualidad/1539804297_438797.html)
- <https://www.un.org/es/>
- <https://hayderecho.expansion.com/2019/05/01/la-propuesta-de-reforma-del-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad/>
- <https://www.testamentoherenciasysucesiones.es/la-legitima-en-herencias-de-las-comunidades-autonomas/>

