

La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*

The important modification proposed in the Spanish successor right the draft law of reform of civil and procedural legislation on disability

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA
Profesor de la Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN: Desde que entró en vigor la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, los españoles con hijos o descendientes con su capacidad modificada judicialmente podrán convertirlos en fiduciarios de una sustitución fideicomisaria que recaiga sobre todo el tercio de legítima estricta, convirtiéndose con ello el resto de herederos forzosos en fideicomisarios.

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del Grupo de investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado.

Sin embargo, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad propone algo mucho más importante:

1.º. Que se recoja por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico que dicha sustitución fideicomisaria será de residuo, aunque con la limitación de que el fiduciario no pueda disponer *mortis causa*, ni gratuitamente *inter vivos*.

2.º. Que aquellos padres que tengan algún hijo que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma puedan decidir libremente cómo disponer del tercio de legítima estricta para protegerlo, no quedando, por tanto, limitado al uso de la sustitución para ello.

ABSTRACT: One of the historical principles of Spanish inheritance law is the quantitative intangibility of the strict legitimate. However, back in 2003 the Spanish legislator introduced a first possibility of violating this principle through the special trustee that the testator could establish in favor of disabled children or descendants.

Instead, the recent Draft Law reforming the Civil and Procedural Legislation on disability, propose something much more important:

*1.º. That is recorder for the first time in our legal system that said trustee substitution will be waste, although with the limitation that the fiduciary cannot dispose of *mortis causa*, nor free *inter vivos*.*

2.º. That those parents who have a child who is in a physical or psychic situation that prevents them form developing autonomously can freely decide how to dispose of a third of legitimate to protect him, therefore not being limited to the use of the replacement for it.

PALABRAS CLAVES: Legítima. Intangibilidad. Sustitución fideicomisaria. Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

KEY WORDS: Legitimate. Intangibility. Trustee. Draft Law reforming the Civil and Procedural Law in matters of disability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY: 1. LA EXCLUSIÓN DE LOS NIETOS Y DEMÁS DESCENDIENTES COMO POSIBLES BENEFICIARIOS DE LA INSTITUCIÓN. 2. LOS NUEVOS BENEFICIARIOS: LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTREN EN UNA SITUACIÓN FÍSICA O PSÍQUICA QUE LE IMPIDA DESENVOLVERSE

DE FORMA AUTÓNOMA. 3. IMPOSIBILIDAD DE GRAVAR LA LEGÍTIMA DE POSIBLES FIDEICOMISARIOS QUE TUVIÉSEN TAMBIÉN UN HIJO EN UNA SITUACIÓN FÍSICA O PSÍQUICA QUE LE IMPIDA DESENVOLVERSE DE FORMA AUTÓNOMA.—III. DUDAS QUE EXISTEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO RESPECTO AL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL, Y QUE NO SE DISIPAN CON LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY.—IV. POSIBLE TANGIBILIDAD ABSOLUTA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A EXPENSAS DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EN BASE A LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 808 DEL ANTEPROYECTO.—V. LA «DE RESIDUO» COMO MODALIDAD DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRICTA ESTABLECIDA EN EL ANTEPROYECTO: 1. FIN DEL DEBATE DOCTRINAL AL RESPECTO. 2. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO SI *ALIQUID SUPERERIT* POR LA QUE APUESTA EL ANTEPROYECTO, AUNQUE CON IMPORTANTES LÍMITES.

I. INTRODUCCIÓN

Entre noviembre de 2015 y diciembre de 2017, la Sección Primera, de lo Civil, de la Comisión General de Codificación trabajó en la elaboración de un texto que finalmente fue presentado a la consideración del ministro de Justicia el 20 de febrero de 2018, no siendo hasta el 21 de septiembre de 2018 cuando el conocido como Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad¹, fue presentado a la consideración del Consejo de Ministros, que lo informó en primera vuelta.

Aun no siendo el tema central² de la reforma que propone el APL para el Código civil³, el presente artículo versa sobre una modificación que la Comisión de dicho Anteproyecto propone y que podría conllevar unas consecuencias jurídicas sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, como es la modificación de los actuales artículos 782 y 808 del Código civil, o lo que es lo mismo, de la actual sustitución fideicomisaria que puede recaer sobre el tercio de la legítima estricta a favor de los descendientes del testador que tengan su capacidad modificada judicialmente.

Y es que, en 2003⁴ se introdujo en nuestro ordenamiento un supuesto de tangibilidad incluso cuantitativa de la legítima estricta, al concedérsele al testador la facultad de establecer a favor de sus descendientes con su capacidad modificada judicialmente, una sustitución fideicomisaria sobre todo ese tercio de la herencia, lo cual atenta contra los antecedentes históricos del Código civil, ya que dicha situación puede desembocar en que el resto de herederos forzosos se vean totalmente privados de su herencia.

Por tanto, el objeto del presente artículo es la comparación entre los actuales artículos 782 y 808 del Código civil (cuyo contenido viene provocando importantes dudas⁵ doctrinales desde su nuevo contenido en 2003), y la nueva redacción que para ellos propone la Comisión General de Codificación en el APL.

II. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY

Recoge actualmente el Código civil español en su artículo 782 que:

«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse en favor de los descendientes».

Por su parte, el apartado 35 del artículo primero del APL expone que:
«El artículo 782 se redacta conforme se indica a continuación:

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

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

1. LA EXCLUSIÓN DE LOS NIETOS Y DEMÁS DESCENDIENTES COMO POSIBLES BENEFICIARIOS DE LA INSTITUCIÓN

La primera de las diferencias que se observan entre una y otra redacción es que actualmente pueden beneficiarse de la institución los nietos y demás descendientes (siempre con su capacidad modificada judicialmente) del testador, mientras que a partir de la entrada en vigor de la Ley por la que se reforma la legislación en materia de discapacidad únicamente podrían beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial sus hijos⁶, quedando por ello excluido los demás descendientes como posibles beneficiarios, y disipándose con ello la duda existente en la actualidad en nuestra doctrina respecto a si los descendientes con su capacidad modificada judicialmente del testador deben ostentar, o no, la condición de legitimarios para poder ser

instituidos fiduciarios, o dicho de otra forma, si podrá el testador atribuir el tercio de legítima estricta a favor de su nieto con su capacidad modificada judicialmente cuando este no sea legitimario por vivir su padre.

Es decir, que se acaban con las actuales dudas que existen en nuestra doctrina dada la redacción actual del Código civil, ya que existen autores⁷ que defienden que el fiduciario ha de ser, necesariamente, un descendiente legitimario para poder ser establecido como fiduciario sobre la legítima estricta, mientras que otros⁸ consideran que los descendientes con su capacidad modificada judicialmente podrán ser siempre nombrados fiduciarios por el testador, sean o no legitimarios.

Esos sí, si bien es cierto que con la redacción propuesta por la Comisión desaparecería el interrogante que existe hoy en día en nuestra doctrina respecto a si los descendientes han de ser o no legitimarios para ser instituidos como beneficiarios de la sustitución fideicomisaria dado que ya solo podrán ser los hijos y nunca los descendientes, también es cierto que con el nuevo contenido del artículo 782 se les estaría privando a los ascendientes españoles de una posibilidad que hoy en día sí tienen, como es la posibilidad de proteger lo máximo posible a su nieto con capacidad modificada judicialmente, estableciéndole incluso como fiduciario del tercio de legítima estricta.

2. LOS NUEVOS BENEFICIARIOS: LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRE EN UNA SITUACIÓN FÍSICA O PSÍQUICA QUE LE IMPIDA DESENVOLVERSE DE FORMA AUTÓNOMA

La segunda diferencia que se aprecia entre ambas redacciones es que en la actual se puede proteger mediante la sustitución fideicomisaria a las personas incapacitadas, mientras que en la nueva redacción propuesta por la Comisión (donde el actual procedimiento de incapacitación sufre una profunda reforma desapareciendo el procedimiento de incapacitación como tal, y con ello las personas incapacitadas) se ha apostado por constituir como nuevos posibles beneficiarios a las *personas que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma*.

Pero, ¿dónde se regula con exactitud quién es una persona que se encuentran en una situación física o psíquica que le impide desenvolverse de forma autónoma?

Lo cierto es que ni en el Código civil, ni tampoco en el APL, se recoge quienes son esas personas, por lo que deberemos acudir a la 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en cuyo artículo 2 dedicado a las definiciones se recoge lo siguiente:

«1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con

las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad».

Es decir, que en base a las definiciones de la Ley de la Dependencia podemos llegar a la conclusión de que las personas que podrán beneficiarse de la legítima estricta del resto de herederos forzosos son aquellos que posean un reconocimiento administrativo de discapacidad (física o psíquica) que no tengan un grado de autonomía personal en el seno de la sociedad.

O dicho de otra forma, si en la actualidad para que pueda constituirse una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta de cualquier persona se necesita una sentencia judicial firme de incapacitación que declare el grado de apoyo que necesita la persona, con la redacción que se propone mediante el APL, en cambio, no se necesitaría ninguna sentencia judicial para poder establecer al fiduciario en cuestión, ya que solo se exigiría el reconocimiento administrativo de discapacidad que le impida tener un grado de autonomía personal en el seno de la sociedad, entre los que pueden encontrarse, entre otros, los pródigos, los alcohólicos, los drogodependientes, etc.

Particularmente discrepo de esta opción de posibles beneficiarios de la institución, ya que considero que los posibles fiduciarios de la institución que recae sobre el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos deberían ser exclusivamente aquellos a los que por sentencia judicial se les ha nombrado apoyo en todos los ámbitos de su vida debido al grado de discapacidad que padecen, es decir, los que actualmente necesitan que se les nombre un tutor en base a la redacción actual del Código civil, o los que, ateniéndonos a la nueva propuesta del APL respecto al procedimiento para nombrar medidas de apoyo a las personas con discapacidad, necesitarían el nombramiento de un curador que le apoyase en todos los ámbitos de su vida⁹.

El único problema al respecto es que en el APL, como bien apunta MAGARIÑOS BLANCO¹⁰, «La nueva regulación del Anteproyecto acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, por dificultad de movilidad. Sin distinguir, de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales)».

Pero entonces, ¿qué tipo de persona curatelada podrá beneficiarse de la institución que estudiamos? ¿Acaso tendrán todas las curatelas el mismo

alcance? ¿Cómo fijar los posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta?

Y yo me planteo, ¿por qué no regular los diversos tipos de curatela que pueden existir en base al diferente grado de necesidad de apoyo que necesite la persona en cuestión? Por ejemplo, si en el APL se hubiesen fijado los diferentes tipos de curatela existentes en Suiza, que son la curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales), en la nueva redacción del artículo 782 hubiese podido incluirse algo parecido a: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en *situación de curatela general* (...»).

Sin embargo, una vez descartada la graduación de la curatela en el articulado propuesto en el APL, creo que también podría fijarse el alcance de la institución que estudiamos con una redacción similar a la siguiente: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del *testador a cuyo favor se haya nombrado un curador en todos los ámbitos de su vida*», asegurándose con dicha redacción que la sustitución fideicomisaria que recae sobre la legítima estricta de todos los herederos forzosos queda reservada exclusivamente a favor de las personas que necesiten ser apoyadas en todos los ámbitos de su vida.

3. IMPOSIBILIDAD DE GRAVAR LA LEGÍTIMA DE POSIBLES FIDEICOMISARIOS QUE TUVIEREN TAMBÍEN UN HIJO EN UNA SITUACIÓN FÍSICA O PSÍQUICA QUE LE IMPIDA DESENVOLVERSE DE FORMA AUTÓNOMA

Otra diferencia que se aprecia entre ambas redacciones es que en el primer párrafo de la propuesta por la Comisión se incluye la siguiente frase: «No obstante, esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a su vez, hijos en esa misma situación».

Es decir, que en base a la nueva redacción no podrá gravarse mediante la sustitución fideicomisaria que venimos estudiando a posibles fideicomisarios que tuviesen también un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, evitándose con ello que por proteger a una persona en tal situación se llegase a perjudicar a otra que se encontrase en las mismas circunstancias.

De la literalidad de la frase se puede deducir que la sustitución fideicomisaria ni siquiera llegaría a producirse (*no será eficaz*) en los supuestos en los que en el momento de la apertura de la sucesión exista un posible fideicomisario con un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de

forma autónoma, pero también se entiende que una sustitución fideicomisaria vigente podrá dejar de existir (*se extinguirá*) cuando en cualquier momento posterior a su constitución le sea declarada a un hijo del fideicomisario la situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma.

Pero, ¿qué ocurrirá si existen varios fideicomisarios y solo uno de ellos tiene un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma? Parece que lo lógico será entender que la única porción de la legítima estricta que no queda gravada a favor del hijo del testador beneficiario de la institución será la correspondiente al fideicomisario con un hijo en las condiciones personales ya expuestas, si bien la sustitución fideicomisaria seguirá vigente en relación a la cuota de legítima estricta del resto de fideicomisarios.

III. DUDAS QUE EXISTEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO RESPECTO AL ALCANCE DEL ACTUAL ARTÍCULO 782 DEL CÓDIGO CIVIL, Y QUE NO SE DISIPAN CON LA NUEVA REDACCIÓN PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY

Lo primero que he de decir es que aunque en el título de este punto sexto hago referencia exclusivamente a las dudas que siguen sin disiparse con la nueva redacción propuesta por la Comisión, siendo justo he de exponer que con dicha redacción también se ha terminado con alguna de ellas, como, por ejemplo, la que existe en relación con los descendientes del testador con su capacidad modificada judicialmente que no sean legítimarios, situación que se supera con la redacción propuesta en el APL, donde los descendientes dejan de ser posibles beneficiarios al limitarse su alcance única y exclusivamente a favor de los hijos.

Sin embargo, a continuación nos centraremos en algunas dudas que en la actualidad existen en nuestro ordenamiento en base a la literalidad del artículo 782 y que seguirían existiendo con la nueva redacción propuesta en el APL, como pueden ser:

1.^a. Hoy en día se plantean nuestros autores qué ocurrirá si existe más de un hijo del testador que tenga su capacidad modificada judicialmente, y el testador decide proteger solo a uno de ellos con la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos, lo cual iría en perjuicio del otro hijo incapacitado judicialmente.

Pero en base a la nueva literalidad propuesta para el 782 podemos preguntarnos: ¿Qué ocurrirá si existe más de un hijo del testador que debido a su situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, pero este solo haya decidido instituir como beneficiario del tercio de legítima estricta a uno de ellos? ¿Verá el otro hijo gravada su cuota de legítima estricta en beneficio de aquel que ha querido proteger el testador?

La lógica nos dice que la respuesta justa es que no, ya que no tiene sentido que para proteger a una persona que no puede desenvolverse de forma autónoma se acabe perjudicando a otra en la misma situación, y más cuando esa es la decisión adoptada en el mismo artículo que se propone, para los casos en que uno de los fideicomisarios tuviese un hijo en la misma situación.

2.^a. Otra duda que planea en la actualidad en nuestro ordenamiento y seguiría haciéndolo de aprobarse la redacción del Código civil propuesta en el APL es si la persona incapacitada, o aquella que no pueda desenvolverse de forma autónoma, quedará obligado a hacer inventario y prestar fianza.

3.^a. En la misma línea podemos plantearnos hoy, y seguiríamos planteándonos de reformarse el Código civil con la literalidad propuesta en el APL, si la sustitución fideicomisaria ha de recaer sobre todo el tercio de legítima estricta, o podrá el testador limitarlo a la parte que él considere oportuna dentro de dicho tercio.

4.^a. Al hablar de que la sustitución fideicomisaria recae sobre el tercio de legítima estricta, ¿se entenderá que también recae sobre la cuota de legítima estricta de la propia persona nombrada como fiduciario? En relación con la institución actual, una parte minoritaria de la doctrina considera que la legítima estricta del fiduciario irá a parar al resto de fideicomisarios por igual, compensándose de esta forma a aquellos herederos forzosos que se han visto perjudicados temporalmente por el gravamen de la sustitución fideicomisaria especial, si bien reitero que es una corriente minoritaria, ya que la mayoría de autores considera que la sustitución fideicomisaria especial no podrá gravar la legítima estricta del fiduciario.

5.^a. Otra duda de importantes consecuencias jurídicas que seguiría sin disiparse con la redacción propuesta en el APL es si el establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta conlleva también la designación obligatoria del tercio de mejora y del de libre disposición a favor de la persona protegida.

6.^a. Hoy existe la duda respecto al momento concreto en que a la persona se le ha debido declarar incapacitada judicialmente para saber si puede o no ser fiduciaria, pero con la nueva redacción propuesta en el APL existirá la siguiente duda: ¿En qué momento concreto se ha debido declarar que la persona que no puede desenvolverse de forma autónoma?

Me explico. Si dicha declaración se produjo con anterioridad al otorgamiento del testamento por parte del testador, obviamente no planteará ningún problema. Por ejemplo, el padre que hace testamento a favor del hijo que no podía desenvolverse por sí mismo, y al abrirse la sucesión dicho hijo sigue siendo en la misma situación.

Pero, ¿qué ocurrirá si el testador fallece antes de que la resolución concreta de que la persona no puede desenvolverse de forma autónoma se hubiese emitido?

O algo más rocambolesco aún, ¿podrá el testador instituir la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta por si una persona que hoy en día no se encuentra en tal situación, en el futuro no pudiese desenvolverse de forma autónoma?

7.^a. Y, ¿qué pasará si el nombrado fiduciario sobre todo el tercio de legítima estricta porque no puede desenvolverse de forma autónoma, mejora en su situación física o psíquica que se lo impedía y vuelve a poder desenvolverse de forma autónoma? ¿deberá entenderse que deja de surtir efectos automáticamente la sustitución fideicomisaria?

IV. POSIBLE TANGIBILIDAD ABSOLUTA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA A EXPENSAS DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, EN BASE A LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 808 DEL ANTEPROYECTO

Expone el actual artículo 808 del Código civil que:

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

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

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición».

Por su parte, el párrafo 36 del artículo primero del APL modifica dicha redacción al recoger que:

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

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

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

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que

hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

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

Las dos primeras diferencias que podemos observar al comparar ambas redacciones coinciden, como es lógico, con lo expuesto anteriormente respecto al nuevo artículo 782, en cuanto a que desaparecen los descendientes como posibles beneficiarios de la institución que recaiga sobre la legítima estricta, fijándose como únicos posibles beneficiarios a los hijos, y que en la nueva redacción del 808 propuesta por la Comisión se ha apostado por constituir como nuevos posibles beneficiarios a las «*personas que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma*», en vez de a las personas incapacitadas judicialmente.

Sin embargo, en el presente apartado vamos a centrarnos en la tercera diferencia que podemos apreciar, y es que, en la redacción actual del artículo 808 no se le da ninguna opción al testador español a la hora de elegir con qué institución puede gravar la legítima estricta a favor de su hijo o descendiente incapacitado judicialmente, ya que siempre será a través de la sustitución fideicomisaria, mientras que en la redacción del APL se nos dice literalmente que dependerá del testador cómo gravar la legítima estricta en dichas situaciones, si bien, cuando no haya disposición contraria del testador, lo que reciba el hijo beneficiado lo hará en concepto de fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo, la cual no le faculta para disponer de los bienes fideicomitidos ni a título gratuito ni por actos *mortis causa*, siendo el resto de hijos o descendientes del testador los fideicomisarios de la mencionada institución de residuo.

El actual 808 se establece que «*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta*».

En cambio, la redacción propuesta en el APL habla de la posibilidad de gravar la legítima estricta sin exigir que sea a través de la sustitución fideicomisaria, ya que expone que «*Cuando alguno de los hijos se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa*».

Por tanto, podemos entender en base a esta redacción que el gravamen de la sustitución fideicomisaria de residuo del que se habla en el artículo 808 regirá por defecto «*salvo disposición contraria del testador*», lo cual deja en manos de este decidir expresamente cómo quiere que se beneficie a dicho

hijo a través del tercio de legítima estricta, y de ahí que en mi opinión pueda incluso, por qué no, adjudicarle el tercio de legítima estricta directamente como heredero sin límite alguno, tal y como puede hacerlo con el tercio de libre disposición y el de mejora.

Es decir, que puede entenderse que la frase *«salvo disposición contraria del testador»* que aparece en el 808 propuesto por el APL faculta al testador para disponer algo en contrario a la sustitución fideicomisaria de la que se habla a continuación, ya que esta regirá por defecto, repetimos, siempre y cuando el testador no haya dispuesto nada al contrario.

Por ejemplo, imaginemos un supuesto en el que el testador recoge literalmente en su testamento algo parecido a lo siguiente:

«Instituyo como heredera universal a mi hija María, incluido todo el tercio de legítima estricta en base al artículo 808 del Código civil, disponiendo expresamente mediante este título que dejo sin efecto el gravamen de la sustitución fideicomisaria sobre dicho tercio a favor del resto de mis herederos, siendo mi voluntad expresa que mi hija María pueda disponer libremente de todo el tercio de legítima estricta tal y como puede hacerlo con el de libre disposición y el de mejora».

¿Quién podría entonces evitar que María (la cual debe encontrarse en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma) o su representante legal llegado el caso, dispusiera libremente del tercio de legítima estricta si el testador lo dispuso expresamente en su testamento? ¿Por qué va a tener efectos la sustitución fideicomisaria de la que habla el 808 si el testador, ejerciendo su facultad para ello, ha dispuesto expresamente en su testamento que no quiere que sea así?

Por todo lo anteriormente expuesto, llego a la conclusión de con la redacción del 808 que propone el APL, los testadores españoles con hijos que se encontrasen en una situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma, podrán disponer a favor de estos del tercio de legítima estricta sin ningún límite, lo cual vulneraría cuantitativamente la legítima estricta del resto de hijos o descendientes, atentando tal situación contra el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta cuantitativa, ya que respecto a la cualitativa se contemplaba ya alguna excepción¹¹.

V. LA «DE RESIDUO» COMO MODALIDAD DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRICTA ESTABLECIDA EN EL ANTEPROYECTO

Uno de los problemas de mayor envergadura jurídica que supuso, y que a día de hoy sigue planteando, la LPPD fue si la sustitución fideicomisaria

que el testador podía establecer sobre todo el tercio de legítima estricta para proteger a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente estaba limitada a la modalidad ordinaria, o, por el contrario, podía establecer también una sustitución fideicomisaria «de residuo».

Pero, ¿qué es la sustitución fideicomisaria de residuo?

Por ella se entiende la disposición de última voluntad del testador, a través de la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria ordinaria, se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto, y en caso de haber dispuesto de todos, se quedará el fideicomisario sin adquirir ninguno.

O dicho de otro modo, a través de la institución de residuo el fideicomisario solo tendrá derecho a los bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto *«inter vivos»* (bien a título oneroso, o a título gratuito), o, incluso, cuando lo autorice así expresamente el testador, *«mortis causa»*.

Aunque se llame «de residuo», en realidad este tipo de sustitución fideicomisaria es más frecuente que la sustitución fideicomisaria ordinaria, tal y como comenta LASARTE¹².

Valga, pues, la paradoja: la sustitución fideicomisaria de residuo no puede ser considerada una *figura residual* en la práctica testamentaria, al menos, si se la compara con la sustitución fideicomisaria ordinaria. Y es que, tal y como recientemente expuso RIVAS MARTÍNEZ¹³, «esta figura (refiriéndose a la institución de residuo), es, sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sinnúmero de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional».

Coinciden doctrina y jurisprudencia al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad mostrado por el testador en cuanto a la facultad de disponer del fiduciario en una sustitución fideicomisaria de residuo, si bien, como argumenta DÍAZ ALABART¹⁴, el fin que habitualmente se persigue con esta modalidad es otorgarle al fiduciario la facultad de enajenar *inter vivos* en los casos que lo necesite, sin necesidad de justificar dicha necesidad para ello.

Dentro de las sustituciones fideicomisarias de residuo, tal y como afirma nuestro Tribunal Supremo¹⁵, encontramos la de *si aliquid supererit* (si queda algo), y la de *eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

En los supuestos de sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo), el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* (que podrá a ser a título oneroso o a título gratuito) o, incluso, *mortis causa*, de todos los bienes fideicomitidos, sin ningún tipo de límite, siempre y cuando así lo haga constar expresamente el testador, es decir, que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, por lo que los

fideicomisarios, llegado el momento oportuno, solo recibirán lo que quede cuando el fiduciario no haya dispuesto completamente de ella, o dicho de otra forma, los fideicomisarios heredarán si es que queda algo, y de ahí la expresión de «*si queda algo*».

Así, recoge la sentencia del Tribunal Supremo 323/2014¹⁶, de 6 de junio de 2014, que «*La esencia del fideicomiso (rectius, sustitución fideicomisaria) es el ordo sucessivus, el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente.*

En el caso presente, comprende los actos inter vivos y a título oneroso (a título gratuito, o mortis causa, solo a favor de la fundación fideicomisaria). Sin embargo, lo que no disponga (si quid supererit) se transmite directamente al heredero fideicomisario».

En la misma línea de reconocer al testador las más amplias facultades a la hora de fijar el alcance de la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*, recoge la sentencia del Tribunal Supremo 624/2012¹⁷, de 30 de octubre de 2012, que «*pese a su objeto, no obstante, la autorización del instituido para que disponga de los bienes de la herencia resultó claramente limitada, facultándole solamente para la disposición por actos inter vivos a título oneroso, quedando excluida la concesión de la facultad de disponer mortis causa, que ha de ser expresa y, a sensu contrario, la facultad de disposición inter vivos a título gratuito».*

O, por último, la del Tribunal Supremo 327/2010¹⁸ de 22 de junio de 2010, cuando expone que «*se establece así el fideicomiso de residuo en la modalidad más amplia “si aliquid supererit”, si bien dejando a la buena voluntad del fiduciario guardar un resto de dichos bienes de la mejora, quedando su número y calidad al arbitrio del fiduciario que incluso podría haberlo consumido todo sin dejar nada, dada la amplísima institución “en pleno dominio” y facultad de disponer (fundamento de derecho sexto)».*

Por su parte, en las de *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario una vez llegado el término o cumplida la condición. Dicho de otra forma, el fiduciario, en esta modalidad, no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida, por ser voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia.

1. FIN DEL DEBATE DOCTRINAL AL RESPECTO

Hoy en día, existen discrepancias doctrinales respecto a si puede o no puede un español tras la LPPD proteger a su hijo o descendiente incapaci-

tado judicialmente estableciendo una sustitución fideicomisaria de residuo sobre todo el tercio de legítima estricta a su favor.

La doctrina más cualificada en la materia no es unánime a la hora de apostar por una u otra posibilidad. Al estudio en profundidad de los autores que componen cada línea doctrinal y su posicionamiento al respecto dedico hasta quince páginas en una monografía¹⁹ sobre la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD, si bien en el presente artículo me limitaré a nombrar las líneas doctrinales existentes al respecto y la opinión de alguno de sus autores más representativos.

Así, lo primero que he de reconocer es que la corriente doctrinal que podemos denominar «negativa», es, sin duda, la corriente compuesta por la mayoría de autores.

Dentro de ella destaca ALBALADEJO²⁰, cuando expone que «*la sustitución fideicomisaria de que se trata es una sustitución fideicomisaria normal, no con facultad de disponer, ni tampoco fideicomisaria de residuo, las que el testador no podría establecer aunque quisiera.*

Sin embargo, hay quien opina que el testador puede dispensar al incapacitado fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo.

Opinión claramente errónea (...). Permitir esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de esta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado».

También LEÑA FERNÁNDEZ²¹, indica que «*ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código civil no limita el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliese la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo».*

Junto a esta corriente doctrinal negativa aparece otra corriente que podemos llamar «intermedia», cuyos autores entienden que la posibilidad de que el testador establezca una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta debería admitirse solo y exclusivamente cuando se acredite la estricta necesidad de disponer del fiduciario incapacitado.

Dentro de esta segunda corriente doctrinal encontramos autores como RAGEL SÁNCHEZ²², que indica que únicamente se justificará «*el sacrificio de privación de la legítima de los descendientes no incapacitados cuando se constata la necesidad del descendiente incapacitado. Fuera de este caso extre-*

mo de estricta necesidad, estimamos que la sustitución fideicomisaria no debe llevar a la privación de la legítima estricta, por más que lo hubiera previsto el testador al establecer un fideicomiso de residuo. Por lo tanto, quedarían excluidas las posibilidades de disponer a título gratuito de los bienes fideicomitidos, tanto inter vivos como mortis causa, porque en tales supuestos no se estará acreditando que exista necesidad por parte del fiduciario».

También, en la misma línea, RIPOLL SOLER²³ entiende que «aunque no estará exento de críticas, me parece que la solución adecuada es entender que la norma se está refiriendo a un fideicomiso de residuo con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado».

Por último, existe una corriente doctrinal a la que podemos referirnos como «positiva», que apuesta por la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta pueda ser en todo caso «de residuo», entre cuyos autores destacan, por ejemplo, PEREÑA VICENTE²⁴, quien considera que «incluso esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 783, dispensa al fiduciario del deber de conservar la herencia constituyendo un fideicomiso de residuo. Esta posibilidad supone que el legislador admite que, ante la presencia de un incapacitado, la legítima de los demás coherederos puede llegar a desaparecer. Desde luego, una medida drástica que, esperemos, logre resolver más problemas de los que puede plantear».

También CÁMARA LAPUENTE²⁵, cuando entiende que «más difícil es dilucidar si el testador puede crear un fideicomiso de residuo con plenas facultades dispositivas a favor del fiduciario incapacitado (a través de su representante); aunque con el tenor de los artículos 808.3 y 782 sería posible, por ser una modalidad de sustitución fideicomisaria».

Por su parte, DÍAZ ALABART²⁶ manifiesta que aunque lo lógico sería no considerar posible la constitución de una sustitución fideicomisaria especial de residuo, acaba manifestando que tampoco se atrevería a descartar dicha posibilidad, cuando indica que: «precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los bienes fideicomitidos es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el artículo 808.3 Código civil. De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitidos. Por ello el admitir que el fideicomisario del artículo 808.3 Código civil pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admite en el citado precepto la creación de un gravamen sobre la legítima estricta, mientras esta no pierda su carácter, no sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional, parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de

la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso».

Todas las dudas doctrinales recién expuestas se disipan con la redacción que propone el APL, ya que en el mismo la Comisión apuesta decididamente por la inclusión literal en nuestro Código civil de la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, siendo la primera vez desde 1889 que nuestro Código recogería la modalidad «de residuo».

Por todo ello, tras conocer en 2018 la postura de la Comisión General de Codificación al respecto, en mi opinión actualmente debe entenderse que la sustitución fideicomisaria que se permite sobre el tercio de legítima estricta puede ser de la modalidad de residuo, y todo ello con independencia de que la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad llegue o no a promulgarse.

2. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO SI *ALIQUID SUPERERIT* POR LA QUE APUESTA EL ANTEPROYECTO, AUNQUE CON IMPORTANTES LÍMITES

En los casos en los que el testador intente beneficiar a un hijo que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma instituyéndolo heredero sobre el tercio de legítima estricta sin disponer de forma expresa nada más al respecto, lo estará convirtiendo en fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* que le facultará para disponer por actos *inter vivos*, siempre a título oneroso, incluso cuando no lo necesite para sobrevivir (ya que no lo prohíbe la redacción del APL).

Y es que, la literalidad del nuevo artículo 808 del APL únicamente limita al fiduciario a disponer *mortis causa* y a disponer *inter vivos* de forma gratuita, siempre y cuando el testador no haya expresado nada al contrario, de lo cual podemos obtener dos conclusiones:

1.^a. A sensu contrario, el testador también puede expresar a favor del fiduciario la facultad de disponer *mortis causa* e *inter vivos* de forma gratuita de los bienes fideicomitidos.

Volviendo al ejemplo anterior, el testador con una hija que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma puede establecer lo siguiente en testamento:

«Instituyo como heredera universal a mi hija María respecto al tercio de mejora y libre disposición, y sobre el tercio de legítima estricta la instituyo fiduciaria de residuo *si aliquid supererit* con las más amplias facultades posibles a la hora de disponer de los bienes fideicomitidos que lo componen,

desde disponer *inter vivos* a título gratuito u oneroso, hasta disponer de ellos *mortis causa*, nombrando fideicomisarios de los bienes fideicomitidos a mis otros dos hijos, Ramón y Lucas».

2.º. Que puede entenderse que la sustitución fideicomisaria que propone el APL es más restrictiva para el fiduciario que la que existe hoy en nuestro Código civil, ya que en la institución actual, si el testador establece a favor del fiduciario una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* sobre todo el tercio de legítima estricta, sin decir nada más respecto a su alcance, se debe entender que no tendría ningún tipo de límite al respecto, ni siquiera para disponer *mortis causa* u onerosamente *inter vivos*, situación que no podría darse con la redacción propuesta en el APL.

Pero eso sí, no podemos olvidar que el testador podría fijar expresamente lo contrario, es decir, nada obsta para que este estableza una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* que permita incluso al fiduciario disponer *mortis causa* u onerosamente *inter vivos*.

IV. CONCLUSIONES

La labor de la Comisión General de Codificación respecto a la modificación propuesta para los actuales artículos 782 y 808 del Código civil, puede calificarse como loable, aunque podía haber sido, dicho con el máximo de los respetos, algo más completa, ya que no podemos negar que al igual que ha servido para disipar algunas de las dudas que nuestra doctrina (porque la jurisprudencia al respecto sigue siendo escasísima por no decir inexistente) viene planteándose desde la redacción que les otorgó a dichos artículos la Ley 41/2003, también es cierto que otras no las ha disipado y que incluso ha creado algunas nuevas de gran trascendencia jurídica.

Eso sí, resulta de una trascendencia jurídica enorme lo que propone el Anteproyecto con su artículo 808 principalmente por dos motivos:

1.º. Porque apuesta decididamente por la tangibilidad de la legítima estricta, tan ansiada desde algunos sectores de nuestro ordenamiento.

Y es que, a través de su redacción, dicho artículo permite a los españoles con hijos que se encuentren en una situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma, que dispongan a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes sin ningún tipo de límite, si bien habrá de reflejarse así expresamente en el testamento.

2.º. Porque en aquellos casos en los que el testador no haya dispuesto nada al respecto y quiera proteger con la legítima estricta a dichos hijos, lo hará obligatoriamente mediante una sustitución fideicomisaria de residuo de la modalidad *si aliquid supererit* limitada, ya que se prohíbe al fiduciario disponer *mortis causa* ni *inter vivos* de forma gratuita.

La importancia de este segundo punto es doble, por un lado, porque se incluiría por primera vez en nuestro Código civil la modalidad de residuo de dicha institución, y por otro, porque si bien le limita literalmente al fiduciario a disponer *mortis causa* ni *inter vivos* de forma gratuita de los bienes que componen el tercio de legítima estricta, a *sensu contrario* le facilita para poder disponer libremente *inter vivos* de forma onerosa de todos los bienes, por qué no, que componen la legítima estricta, lo cual, una vez más, podría conllevar la tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta del resto de herederos forzosos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, Madrid, 2005.
- BOTELLO HERMOSA, P., *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios al Código civil*, Dir.: Domínguez Luelmo, 1.^a Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.
- DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Código civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), en *Revista de Derecho Privado*, número 5-6, mayo de 2004.
- LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre de 2018), Estudios, 2018.
- NANCLARES VALLE, J., La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coord.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.
- PEREÑA VICENTE, M., La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Pérez de Vargas Muños (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 2006.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, Volumen II, Abril Campoy y Amat Llari (coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RIPOLL SOLER, A., *La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código civil: Fideicomiso de Residuo*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, núm. 114, 2005.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, 1477; SERRANO GARCÍA, Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004.
- Problemas «habituales» en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

NOTAS

¹ En adelante, APL.

² El tema central es la eficaz implementación en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con las medidas de apoyo que estas puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual a día de hoy, y tras la Convención, engloba tanto la capacidad jurídica (entendida como aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial) como la capacidad de obrar (entendida como aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica).

De hecho comienza el APL en su Exposición de Motivos afirmando que «*La presente reforma del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*».

³ En adelante Código civil.

⁴ A través de la Ley 41/2003 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.

⁵ A las cuales dedico parte de mi monografía titulada *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, ISBN 978-84-9143-405-4.

⁶ Siempre que se encontrasen en una situación física o psíquica que les impidiese desenvolverse de forma autónoma.

⁷ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, 1477; SERRANO GARCÍA, Discapacidad

e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, 144.

⁸ DÍAZ ALABART, La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Código civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), en *Revista de Derecho Privado*, número 5-6, mayo, 2004, 263; PERENA VICENTE, La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Pérez de Vargas Muños (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2006, 693; RAGEL SÁNCHEZ, La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, Volumen II, Abril Campoy y Amat Llari (coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 2005; NANCLARES VALLE, La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, 145.

⁹ El APL apuesta por la desaparición de la tutela en tal sentido, pasando a ser la curatela el único medio judicial de apoyo a favor de las personas con discapacidad.

¹⁰ MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre de 2018), Estudios, 2018, 201.

¹¹ Excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socimi*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero.

¹² LASARTE, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Séptima Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, 136.

¹³ RIVAS MARTÍNEZ, Problemas «habituales» en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, 487.

¹⁴ DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, 231.

¹⁵ Así lo refleja, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959, al exponer que «...el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1.^a Hipótesis en que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género. En este caso los herederos fideicomisarios solo recibirán, en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia. (En esta hipótesis aparecerá el fideicomiso conocido como si aliquid supererit, si queda algo).

2.^a Supuesto en la que el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquel (aparecerá el llamado de eo quod supererit, de aquello que deba quedar).

O, también, la sentencia de 25 de mayo de 1971, mediante la cual, reitera que «en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste (si aliquid supererit), si queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar».

¹⁶ *RJ* 2014, 3127.

¹⁷ *RJ* 2013, 2274.

¹⁸ *RJ* 2010, 4900.

¹⁹ BOTELLO HERMOSA, Pedro, *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, 160-175.

²⁰ ALBALADEJO, Manuel, El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, Madrid, 2005, 43.

²¹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, 195.

²² RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, 5865.

²³ RIPOLL SOLER, Antonio, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código civil: Fideicomiso de Residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, núm. 114, 2005, 826.

²⁴ PEREÑA VICENTE, El Derecho..., cit., 2.

²⁵ CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios al Código civil*, Dir.: Domínguez Luelmo, 1.^a Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, 726.

²⁶ DÍAZ ALABART, La sustitución..., cit., 1050.

(Trabajo recibido el 25-4-2019 y aceptado para su publicación el 16-9-2019)