

La legítima estricta ¿colectiva? tras la Ley 8/21*

The legitimate strict ¿collective? after Law 8/2021

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

Profesor ayudante Doctor (acreditado Profesor titular)

RESUMEN: Cuando hablamos de legítima colectiva hacemos referencia al tipo de legítima que existe en Aragón y en el País Vasco, donde los testadores pueden dejar toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, cual implica al mismo tiempo dejar sin herencia al resto de herederos, situación que también ocurre en Navarra, donde directamente los testadores disfrutan de la libertad de testar.

Por tanto, en la actualidad hay más de cuatro millones de españoles (navarros, vascos y aragoneses) que pueden dejarle toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, sin que tal posibilidad haya supuesto el fin de las familias en dichas regiones.

* Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ617 «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado», así como en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO y Sofía DE SALAS MURILLO; y en la ejecución del Proyecto I+D+i «Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (Código: PID2021-127361NB-I00). Ayudas a «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. IP: Natividad GONI URRIZA.

Precisamente por ello, el objetivo del presente artículo es aportar una serie de argumentos jurídicos que, al menos bajo mi punto de vista, nos pueden hacer cuestionarnos si tras la Ley 8/2021 se ha implementado una legítima estricta colectiva en el Derecho común, en los supuestos en los que el testador tenga un descendiente legitimario con discapacidad.

Y es que, si la literalidad del nuevo 808, párrafo cuarto, parece permitirlo, y existen ya más de cuatro millones de españoles que pueden dejarle toda su herencia a un descendiente sin discapacidad, ¿por qué no podrán entonces los testadores sujetos al Derecho común dejarle toda su herencia al descendiente legitimario con discapacidad?

ABSTRACT: When we talk about collective legitimate we refer to the type of legitimate that exists in Aragon and the País Vasco, where testators can leave their entire inheritance to any of their descendants, which implies leaving the rest of the heirs without inheritance, a situation that also occurs in Navarra, where the testators directly enjoy the freedom to test.

Therefore, there are currently more than four million Spaniards (Navarrese, Basque and Aragonese) who can leave their entire inheritance to any of their descendants, without this possibility having meant the end of families in those regions.

Precisely for this reason, the objective of this article is to provide a series of legal arguments that, at least from my point of view, can make us question whether, after Law 8/2021, a strict collective law has been implemented in common law in the cases in which the testator has a legitimate descendant with a disability.

And it is that, if the literalness of the new 808, fourth paragraph, seems to allow it, why then cannot the testators subject to common law leave their entire inheritance to the legitimate descendant with a disability, if there are already more than four million Spaniards who can leave your entire inheritance to any able-bodied descendant?

PALABRAS CLAVES: Ley 8/2021. Discapacidad. Legítima. Reforma. Tangibilidad. Sustitución fideicomisaria.

KEY WORDS: Law 8/2021. Disability. Legitimate. Reform. Tangibility. Fiduciary substitutions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APUESTA DECIDIDA DEL LEGISLADOR DE 2021 POR LA TANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA ERICTA: 1. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO NUEVO COLECTIVO VULNERABLE QUE PUEDE BENEFICIARSE CON LA LEGÍTIMA ERICTA. 2. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO QUE

PERMITE AL FIDUCIARIO CON DISCAPACIDAD DISPONER ONEROSAMENTE DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA DEL RESTO DE HEREDEROS.—III. ¿PODRÁ DISPONER EL TESTADOR DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA EN PLENO DOMINIO A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD?: 1. LA FACULTAD DEL TESTADOR DE DISPONER DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA, Y EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO. 2. LA LEGÍTIMA COLECTIVA DE ARAGÓN Y DEL PAÍS VASCO, Y LA LIBERTAD DE TESTAR DE NAVARRA. 3. SU ENCAJE EN EL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. POSIBLES MOTIVOS POR LOS QUE Oponerse a LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR.—IV. UN SUPUESTO PRÁCTICO COMO EJEMPLO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

«La legítima es una institución que permitía al hijo obtener unos beneficios en la herencia del padre en una época en que la esperanza de vida de los padres podía justificar esta situación. Era un sistema semejante a los alimentos, que venía a sustituirlos cuando cesaba el derecho a reclamarlos por la muerte del obligado a prestarlos. Por el contrario, las circunstancias sociales que afectan tanto al causante de las sucesiones, como a los beneficiarios posibles producen la incoherencia consistente en que los progenitores deban seguir prestando servicios sociales a sus hijos hasta edades más tardías, que pueden coincidir en muchos casos con la jubilación de los propios padres/causantes. El derecho de sucesiones español vive de espaldas a la realidad familiar y social y sigue incentivando unas soluciones que entorpecen la adopción de decisiones económicas racionales. (...) Por tanto, la legítima no se encuentra protegida constitucionalmente. Creo que sería constitucional eliminarla, como lo son las legislaciones vigentes que la han suprimido» (ROCA TRÍAS, 2020, 43 y 44).

Un año después de estas afirmaciones de la exvicepresidenta del Tribunal Constitucional, entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en lo sucesivo Ley 8/2021), la cual, entre otros muchos, reforma el importantísimo artículo 808 del Código Civil.

Resulta lógico que la intención del legislador de 2021 era terminar con lo que hasta entonces se permitía en el 808 (de lo contrario hubiese bastado con mantener la redacción anterior), otorgándose a partir de entonces una mayor libertad de testar sobre la legítima estricta a los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad, ya que con la redacción anterior el 808 solo permitía en su párrafo tercero con una única frase, «gravar la legítima estricta» mediante la sustitución fideicomisaria, mientras que en la actualidad, con la nueva redacción, el mismo párrafo, ahora cuarto, se divide

en dos oraciones diferentes, permitiéndose en la primera oración «disponer de la legítima estricta», para, en segundo lugar, en la segunda oración, tras un punto y seguido, y salvo disposición en contrario del testador, «gravar la legítima estricta» mediante la sustitución fideicomisaria de residuo.

Así, el contenido literal de la primera frase expresa que *«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad»*.

Si lo comparamos con la facultad de disponer de los testadores en cuanto a la legítima de mejora, observamos que el párrafo segundo del 808 expresa que los progenitores *«podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes»*.

Es decir, que el testador «podrá disponer» de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad, y el testador «podrá disponer» de la legítima de mejora en favor de cualquier descendiente.

¿Debemos entender, por tanto, que los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad podrán disponer en su favor de la legítima estricta exactamente igual que cualquier testador puede disponer de su tercio de mejora en favor de cualquiera de sus descendientes?

Pero el párrafo cuarto del 808 no termina con la oración expuesta, sino que, tras un punto y seguido, existe una segunda frase en la que se recoge que:

«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».

Lo primero que llama la atención de esta segunda oración es su difícil comprensión. Coincido plenamente con DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ cuando al respecto expresa «Quiero poner de manifiesto desde el principio la enorme carga de indefinición y ausencia de claridad que presentan preceptos que deberían expresarse con mayor rigor, pues estamos ante la aplicación de las legítimas -que no se han tocado- y cuyos estrictos principios presiden la interpretación de sus excepciones. Llama la atención que, con lo complejo de la tramitación prelegislativa y parlamentaria, plagada de versiones sucesivas y de enmiendas, nadie parezca fijarse en estos preceptos más que en el tema de los posibles beneficiarios sin adentrarse en absoluto en la compleja redacción de los preceptos que dificulta extraordinariamente su entendimiento» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, 935).

De este segunda oración del párrafo cuarto del 808 también se desprende claramente que la intención del legislador de 2021 fue apostar por la protección

de la persona con discapacidad en detrimento de la sagrada intangibilidad de la legítima estricta, ya que a través de ella el legislador implementa otras situaciones de enorme importancia práctico-jurídica como, por ejemplo, permitir a las personas con discapacidad ser los beneficiarios de la legítima estricta (hasta entonces lo tenían expresamente prohibido por la Ley 41/2003, que solo se lo permitía a las personas incapacitadas judicialmente, hoy personas con discapacidad con curatela), lo cual ha ampliado enormemente los casos de posibles beneficiarios con la legítima estricta y de herederos que se vean privados de ella.

O, en la misma línea, mientras que la norma de 2003 no especificó qué tipo de sustitución fideicomisaria podía recaer sobre la legítima estricta en favor del fiduciario, la inmensa mayoría de la doctrina tenía claro que nunca podría ser una sustitución fideicomisaria de residuo ya que ello permitiría al fiduciario disponer de los bienes que componen la legítima estricta, lo cual podía suponer que el resto de herederos finalmente se viesen privados de su herencia. Pues bien, el legislador de 2021 siendo consciente de estas dudas interpretativas surgidas a raíz de la Ley 41/2003 quiso zanjar cualquier debate posible recogiendo literalmente que efectivamente, el tipo de sustitución fideicomisaria que puede gravar la legítima estricta en beneficio de un descendiente legitimario con discapacidad cuando esta sea la voluntad del testador es la sustitución fideicomisaria de residuo, imponiéndole además como único límite al fiduciario con discapacidad a la hora de disponer el de no hacerlo *mortis causa* ni de forma gratuita, lo cual le faculta literalmente a hacerlo de forma onerosa sin ningún límite.

En definitiva, y teniendo en cuenta que el artículo 813 del Código Civil permite al testador privar a los herederos de su legítima en casos expresamente determinados en la ley, podemos preguntarnos si en la actualidad uno de esos casos es cuando el testador quiera proteger al descendiente legitimario con discapacidad.

Además, de admitirse tal posibilidad, ¿tan catastróficas serían sus consecuencias si exactamente lo mismo sucede ya en Aragón, Navarra y País Vasco, y no precisamente para proteger a las personas con discapacidad, sino para favorecer a cualquier descendiente?

II. LA APUESTA DECIDIDA DEL LEGISLADOR DE 2021 POR LA INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA

La opinión de gran parte de la doctrina en relación con la intangibilidad de la legítima estricta la resume recientemente VERDERA SERVER cuando expresa que *«la sucesión legitimaria del Código Civil español carece de un fundamento o de un fundamento que justifiquen su existencia. Los cambios en la estructura de la sociedad y de la familia tornan inevitable que se arrumbe*

el actual entramado legitimario. Los cambios socioeconómicos y familiares ponen de manifiesto la obsolescencia axiológica y el anacronismo funcional de un sistema de legítimas. Las limitaciones a la facultad de disponer “mortis causa” del testador carecen, en la actualidad, de fundamento y de función que las justifique» (VERDERA SERVER, 2022, 443, y 449), a lo que podemos aportar que, mucho menos fundamento tendría la limitación de disponer de todos tus bienes cuando tu última voluntad es, por ejemplo, proteger con ellos a un hijo con discapacidad que lo necesita.

Pues bien, no solo gran parte de la doctrina viene abogando en los últimos tiempos por la supresión o reforma de los límites a la facultad del testador en relación con la legítima, sino que el propio Ministerio de Justicia español, siendo consciente de la reforma que necesita el régimen de las legítimas en el Derecho común, encomendó a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, el estudio de los regímenes sucesorios de legítima y libertad de testar, a través de la Orden de 4 de febrero de 2019, en cuyo punto 3 recoge:

«Es bien conocido que el Código Civil español adoptó un sistema de legítima castellana que, no siendo de vinculación absoluta de los bienes del causante, está bastante alejado de los que se inspiran en la conocida como libertad de testar, en los cuales el causante puede disponer libremente de sus bienes para después de su muerte. Más bien al contrario, la legítima reconocida en el Código Civil español es muy amplia, tanto por los sujetos reconocidos como legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge viudo, esta en usufructo y sin que se emplee la palabra legítima), como por la porción de la herencia a la que afectan, sobre todo en el caso de los descendientes (legítima larga de dos terceras partes, si bien con la libertad de mejorar en un tercio a uno o varios de ellos); además se configura como una institución de naturaleza imperativa, de suerte que las normas para asegurar la llamada intangibilidad de la legítima tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos resultan absolutamente inderogables por el testador y la institución se protege incluso frente a sus actos inter vivos.

Muchas son las voces que se han levantado en nuestra literatura jurídica sobre la necesidad de modificar en profundidad este sistema; incluso no han faltado las que directamente reclaman un sistema de libertad de testar absoluta, con supresión total de las legítimas. En realidad, esta polémica entre legítimas y libertad de testar no es ni mucho menos reciente, pues ya en la época inmediatamente anterior a la publicación del Código Civil fue una de las cuestiones más debatidas y sobre la que había mayor disenso, como bien dejó reflejado entre los autores de esa época. Con todo, en las últimas décadas la polémica ha adquirido nuevos bríos, tanto en nuestro país como en los vecinos, precisamente al hilo de los cambios en la propia estructura familiar, al que la

institución que nos ocupa está indisolublemente ligada; como consecuencia, ha sido una de las partes del Derecho sucesorio que ha sido objeto central del proceso de reforma o de «modernización» más arriba aludido, al que ahora quiere sumarse también el Código Civil español.

A la hora de abordar esta reforma y tomando en consideración lo mucho que se ha escrito sobre la materia y los precedentes que se acaban de mencionar, se puede partir de dos posiciones contrapuestas: la de mantenimiento del actual sistema legitimario del Código Civil en sus líneas básicas, añadiendo los retoques que el paso del tiempo haya hecho convenientes o imprescindibles, por un lado, y la de la absoluta libertad de testar, por otro. Razones para optar por aquel o por este no faltan en ninguno de los dos sectores doctrinales».

Por todo ello, finaliza la Orden del Ministerio de Justicia encomendando a la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar: «*La Sección elaborará un informe en el que se analice, separadamente, lo que se considere favorable y adverso al régimen sucesorio de legítimas y al régimen sucesorio de libertad de testar, incluyendo en anexo sendos estudios sobre la evolución histórica del régimen sucesorio en Derecho común y en los territorios con Derecho civil especial, así como sobre las tendencias de Derecho comparado en países con tradiciones jurídicas próximas a la nuestra*».

Pues bien, en espera del referido informe, el legislador actual ha entendido oportuno manifestarse al respecto mediante la Ley 8/2021, a través de la cual se permite la tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta cuando el testador tenga descendientes legitimarios con discapacidad, por lo que se ha aumentado de forma exponencial el número de personas a las que se puede dejar toda la legítima estricta (ahora a las personas con discapacidad, antes solo a las incapacitadas), y se ha implementado por primera vez en nuestro Código Civil (hasta entonces había sido admitida por nuestra jurisprudencia, pero no quedaba recogida en ninguna norma) la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual faculta al fiduciario a disponer onerosamente de los bienes que componen la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

Nada mejor que comparar la actual redacción del 808 con la que existía hasta entonces para comprender el alcance de la reforma.

En noviembre de 2003 entró en vigor 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 (en lo sucesivo Ley 41/2003), mediante la cual se modificó el artículo 808 del Código Civil con la intención de posibilitar que sobre la legítima estricta pudiese recaer una sustitución fideicomisaria en beneficio-protección de las personas incapacitadas judicialmente, pasando desde entonces a tener 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.

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».

Sin embargo, 18 años después, el legislador a través de una nueva ley dedicada a la protección de las personas con discapacidad, concretamente mediante la Ley 8/2021, ha decidido otorgar un nuevo contenido al artículo 808, estableciendo en la actualidad que:

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

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

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

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

De la simple lectura de ambas redacciones se advierten importantes diferencias entre ellas, como las siguientes:

1.^a. En la redacción anterior, la sustitución fideicomisaria recaía sobre el tercio de legítima estricta, lo cual supuso que la doctrina se plantease si gravaba la propia cuota del incapacitado fiduciario a modo de compensación para el resto de fideicomisarios, que, de ser así, a la muerte del incapacitado, le heredarían también en su cuota de legítima estricta.

Dicha duda se disipa por completo con el actual 808, el cual establece que el testador podrá disponer en favor del legitimario con discapacidad *«de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad»*, o, dicho

de otra forma, en aquellos casos en los que finalmente la legítima estricta quede gravada con una sustitución fideicomisaria de residuo, el legitimario con discapacidad beneficiado heredará su cuota de legítima estricta en propiedad, y la del resto de legitimarios sin discapacidad como fiduciario de residuo.

2.^a. Antes, los beneficiados con la legítima estricta podían ser los hijos o descendientes del testador indistintamente, mientras que, ahora, lo son únicamente los descendientes legitimarios (el descendiente más próximo excluye al más remoto, salvo los casos de representación).

3.^a. Hasta la reforma se excluía a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios, limitándose el alcance de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta solo a favor de las personas incapacitadas judicialmente, mientras que ahora, esas mismas personas con discapacidad que antes se excluían como posibles beneficiarias, son a las que puede protegerse con la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

4.^a. Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, solo se recogía en una única oración la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible sobre la legítima estricta.

Hoy en día, el mismo párrafo está compuesto por dos oraciones separadas por un punto y seguido, y mientras que en la primera se faculta al testador a disponer de la legítima estricta, en la segunda se anuncia que el gravamen supletorio, no ya principal, será el de la sustitución fideicomisaria de residuo, el cual solo operará salvo disposición contraria del testador.

5.^a. Tras la Ley 41/2003 el artículo 808 hablaba de la sustitución fideicomisaria sin especificar su modalidad, mientras que el artículo actual habla de una sustitución fideicomisaria de residuo que faculta al fiduciario a disponer de forma onerosa sin ningún límite, ya que el único límite marcado por el legislador al respecto, y siempre salvo disposición contraria del testador, es el de disponer gratuitamente o *mortis causa*.

Dado que en el presente apartado vamos a remarcar por qué la Ley 8/2021 ha implementado en nuestro Derecho sucesorio una tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta que hasta entonces no existía, a continuación, paso a centrarme en el estudio de los motivos que principalmente lo justifican, como es, el nuevo y mucho más amplio colectivo de personas al que se puede dejar toda la legítima estricta por voluntad del testador, y la modalidad de residuo de la sustitución fideicomisaria que puede suponer que el resto de legitimarios sin discapacidad acaben heredando menos de lo que le corresponde por legítima estricta, o, incluso, que no hereden nada, ya que el fiduciario podrá disponer de ella onerosamente sin límite al respecto.

1. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO NUEVO COLECTIVO VULNERABLE QUE PUEDE BENEFICIARSE CON LA LEGÍTIMA ESTRICTA

Aunque la Ley 41/2003 lleva por título el de protección patrimonial de las personas con discapacidad, lo cierto es que estas no podían beneficiarse de una de sus medidas más importantes dentro del ámbito del Derecho sucesorio, como era la sustitución fideicomisaria que podía recaer sobre el tercio de legítima estricta, ya que dicho mecanismo de protección sucesorio solo podía constituirse en favor de las personas incapacitadas judicialmente¹.

En este sentido recogía la exposición de motivos de la Ley 41/2003, apartado VII, letra b) lo siguiente:

«Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de este en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley».

El mismo grado de discapacidad del artículo 2.2 de la Ley 41/2003 que en la propia norma no sirve para ser fiduciario de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, es precisamente el grado de discapacidad que la Ley 8/2021 exige para que el testador pueda disponer en su favor de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

¿Cuál pudo ser el motivo que llevó al legislador del 2003 a excluir literalmente a las personas con discapacidad de la protección patrimonial que podían recibir como fiduciarios de la legítima estricta?

Seguramente², el de no permitir el gravamen de la legítima estricta en beneficio de un colectivo tan amplio como es el de las personas con discapacidad, sino limitarlo únicamente en beneficio de un colectivo mucho más reducido como era el de las personas incapacitadas judicialmente.

En este sentido es importante subrayar que el legislador de 2021 pudo perfectamente mantener el espíritu restrictivo de la Ley 41/2003, para lo cual le hubiese bastado con limitar el alcance de la tangibilidad de la legítima estricta en favor de las personas con curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, que al fin y al cabo recae sobre las personas que hasta la reforma tenían una sentencia de incapacitación judicial en las que se le nombraba un tutor, como se desprende de la disposición transitoria segunda de la Ley 8/21 cuando establece que *«A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, (...)*».

Así lo ha hecho, por ejemplo, en el artículo 1732 del Código Civil dedicado a regular los modos en los que se acaba el mandato, ya que antes de la Ley 8/2021 contemplaba como uno de ellos el de «*la incapacidad sobrevinida del mandante*», y tras la reforma se fiere a este supuesto de la siguiente forma: «*Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

¿Por qué no se siguió limitando entonces el alcance de la tangibilidad de la legítima estricta en favor exclusivamente de las personas que tengan nombradas la institución de apoyo excepcional³ de la curatela representativa?

En ese caso hubiese bastado una redacción similar a la siguiente:

«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad con curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad».

Personalmente solo se me ocurre un motivo: el legislador de 2021, siendo consciente de que la sociedad actual nada tiene que ver con la de 1889, quiso implementar un primer supuesto en el que los testadores sujetos al Derecho común puedan disponer de la legítima estricta, y precisamente por ello tuvo una visión amplia en vez de restrictiva a la hora de apostar por los posibles beneficiados, aun siendo consciente que tal decisión al mismo tiempo amplía enormemente el número de perjudicados que pueden verse privados de su herencia.

¿Y qué discapacidad concreta⁴ exige el Código Civil para que un descendiente legitimario pueda convertirse en beneficiario de la legítima estricta?

Cualquier duda al respecto se disipa con el contenido de la disposición adicional cuarta⁵ del Código Civil, donde se recoge que la discapacidad del artículo 808 del Código Civil comprende:

1.º. A aquellas personas que define el artículo 2.2⁶ de la Ley 41/2003, que son las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% (personas todas ellas a las que la propia Ley 41/2003 excluía literalmente la posibilidad de convertirse en beneficiarios de la legítima estricta, y que se lo permite la Ley 8/21).

2.º. A las personas que están en situación de dependencia de grado II o III⁷ de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Por tanto, se acabó depender de resoluciones judiciales y bastará con las correspondientes resoluciones administrativas.

2. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO QUE PERMITE AL FIDUCIARIO CON DISCAPACIDAD DISPONER ONEROSAMENTE DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA DEL RESTO DE HEREDEROS

La reforma del artículo 808 llevada a cabo por la Ley 41/2003 ya introducía un supuesto de tangibilidad de la legítima al concedérsele al testador la facultad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de un descendiente incapacitado judicialmente (VIVAS TESÓN, 2010, 168).

Sin embargo, nada se recogía en el anterior 808 respecto a si la referida sustitución fideicomisaria que se podía fijar por parte del testador sobre la legítima estricta era la ordinaria (que no permite disponer de los bienes fideicomitidos) o la de residuo (que permite al fiduciario disponer, con diferente alcance dependiendo de la voluntad del testador, de los bienes fideicomitidos).

La doctrina civilista entendía casi de forma unánime⁸, que no se podía permitir el gravamen de la legítima estricta mediante la sustitución fideicomisaria de residuo, dado que ello permitiría al fiduciario disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios no incapacitados, lo cual atentaba contra la intangibilidad cuantitativa de la legítima estricta y podía suponer la desheredación de ciertos legitimarios sin causa legal que lo permitiese, lo cual atentaba contra el contenido del artículo 813 del Código Civil.

Por todos ALBALADEJO, cuando afirmó 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» (ALBALADEJO, 2005, 43).

O, en la misma línea, OLIVA BLÁZQUEZ, que consideró que *«otorgar una facultad plena e ilimitada implicaría una desheredación diferida en el tiempo ya que, si el fiduciario dispusiera de los bienes, los fideicomisarios podrían perder la legítima y dicha situación no se ha previsto por el legislador»* (OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, 198).

Eso sí, también existió otra corriente doctrinal muy minoritaria⁹, que se posicionaba justo en el sentido contrario, en el de considerar que tras la Ley 41/2003 era perfectamente posible que el testador estableciese una sustitución fideicomisaria de residuo en favor del descendiente incapacitado judicialmente sobre todo el tercio de legítima estricta.

Personalmente coincidí con dicho planteamiento desde 2015, cuando expuse que *«Por nuestra parte, con base en la redacción actual del Código Civil, consideramos que la LPPD incluye la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, ya que esta modalidad de sustitución fideicomisaria era admitida con anterioridad a la promulgación de la LPPD, y el legislador no ha introducido distinción alguna a la hora de regular esta nueva medida. Es decir, que particularmente defendemos la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria de residuo si sine liberis decesserit sobre toda su herencia a favor de un descendiente incapacitado judicialmente, lo cual podría implicar la privación definitiva de la legítima estricta del resto de fideicomisarios (legitimarios), vulnerándose con ello no solo el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, sino también el de intangibilidad cuantitativa»* (BOTELLO HERMOSA, 2015, 165).

Pues bien, 18 años después de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, el legislador ha disipado cualquier duda al respecto: la sustitución fideicomisaria que, salvo disposición contraria del testador, puede recaer sobre la legítima estricta en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad es de residuo, de modo que el fideicomisario (resto de legitimarios sin discapacidad) adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los que el fiduciario no haya dispuesto onerosamente, y en caso de haber dispuesto de todos se quedarán entonces sin heredar nada, ya que sobre los bienes que disponga el fiduciario se excluye completamente cualquier modalidad de subrogación real, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario al respecto.

Así lo expresa, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 1042/2008¹⁰, de 7 de noviembre, donde el testador *«estableció el fideicomiso de residuo a favor de las personas que indicaba (hermanos y sobrinos del causante), advirtiéndolo expresamente que todos sus hermanos y sobrinos nombrados o quienes los sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo «si supererit», sin coartar ni impedir en lo más mínimo la libre disposición por actos inter vivos a título oneroso de los bienes heredados; lo que evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real»*.

Llegados a este punto hemos de remarcar que, en su modalidad de residuo, la sustitución fideicomisaria puede ser de dos tipos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹:

1.º. Las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), en las que el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitados, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario.

Dicho de otra forma, el fiduciario en esta modalidad no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitada y el fideicomisario debe heredar aquello que debe quedar según el testador.

2.º. Las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), en las que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitados onerosamente (o de forma gratuita, si bien para ello lo ha debido reflejar así expresamente el testador en el testamento), por lo que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitada.

O lo que es lo mismo, en este tipo el fideicomisario solo heredará si el fiduciario con discapacidad no hubiese dispuesto de todos los bienes fideicomitados.

Junto a las dos modalidades de sustitución fideicomisaria de residuo hay que destacar la posibilidad de que el testador faculte al fiduciario a disponer de todos los bienes fideicomitados sin ningún límite, es decir, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en cuyo caso no nos encontraremos ante una sustitución fideicomisaria de residuo como tal, sino ante una sustitución preventiva de residuo.

Así se desprende del contenido de la sentencia de 2 de septiembre de 1987¹² del Tribunal Supremo, que estableció con claridad, la diferencia entre la sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* y la sustitución preventiva de residuo: «*Nos encontramos ante un fideicomiso de residuo cuando el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole no obstante para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos inter vivos, con la obligación de hacer tránsito fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, pues para ello hubiera sido preciso la autorización expresa del testador para disponer por actos mortis causa*».

Más recientemente, pero siempre en la misma línea, la sentencia del tribunal superior de justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2009¹³ expuso que «*las diferencias entre el fideicomiso de residuo (arts. 210 a 215 CDCC) y la sustitución preventiva de residuo (art. 216 CDCC) se encuentran en que: a) mientras el fideicomiso de residuo, el heredero fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitados inter vivos y a título oneroso sin ninguna limitación (si quid supererit), b) en la sustitución preventiva de residuo el heredero adquiere la herencia sin ningún tipo de gravamen y la delación a favor del sustituto opera si quedan bienes de los que no haya dispuesto bien sea inter vivos o mortis causa; amplitud de facultades que alcanzan las transmisiones mortis causa que no se contemplan en los fideicomisos de residuo...*».

Además, en Cataluña se diferencian literalmente ambas instituciones en la sección sexta del capítulo VI, del libro IV del Código Civil de Cataluña

relativo a las sucesiones, sección titulada «*El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo*».

Pero volviendo al tema que nos ocupa toca preguntarnos, a día de hoy, qué modalidad de sustitución fideicomisaria de residuo podrá establecer el testador sobre la legítima estricta en favor del descendiente legitimario con discapacidad, y, dado que, al menos bajo mi punto de vista, el único límite que le impone al testador el 808 a la hora de disponer de la legítima estricta es que lo haga en beneficio de un descendiente legitimario con discapacidad, el testador podrá, eso sí, de forma expresa, disponer como quiera de la legítima estricta en favor de su beneficiario, por lo que puede apostar perfectamente, por qué no, incluso por la institución preventiva de residuo.

Y es que, tal y como se recoge en jurisprudencia del Tribunal Supremo, el testador puede facultar al fiduciario a disponer tanto de forma onerosa como gratuita *inter vivos*, así como a disponer *mortis causa*, si bien esta última facultad tendrá que fijarla de forma expresa. Así lo recoge el Tribunal Supremo¹⁴ el establecer que «*Lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición «mortis causa» (sentencias de 13 de noviembre de 1948 [RJ 1948, 1270], 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer «inter vivos» de forma gratuita (sentencia de 22 de julio de 1994 [RJ 1994, 6578]), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda*».

También lo expresa MARTÍNEZ MARTÍNEZ, cuando afirma que «*Es pacífico en la doctrina y jurisprudencia el criterio de que, salvo expresa declaración en contrario, la cláusula de residuo llevará consigo la prohibición de realizar actos mortis causa por parte del fiduciario, y las facultades en el fideicomiso de residuo son las que le concedió el testador, por lo que, de no venir autorizado por el causante de manera expresa para disponer mortis causa, solo podrá hacerlo por actos inter vivos, según tiene declarado la jurisprudencia*» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, 789).

Junto al jurisprudencial, otro motivo para no imponer ningún límite concreto al testador a la hora de facultar al fiduciario respecto a los bienes fideicomitados se desprende de la literalidad del artículo 783 del Código Civil, el cual, tras fijar en primer lugar unos límites al fiduciario, acaba resaltando que dichos límites regirán salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

«*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*».

Por tanto, la disposición en contrario del testador implica que se acabe permitiendo lo que en principio prohíbe el artículo, ya que dice que no podrá

el fiduciario disponer de los bienes, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, y sabemos que si el testador apuesta por la institución de residuo, o incluso la preventiva de residuo, el fiduciario sí que podrá disponer de los bienes fideicomitidos.

Extrapolándolo al 808 podemos entender que, si la disposición en contrario del testador en el artículo 783 dedicado a la sustitución fideicomisaria le faculta para establecer cualquier tipo de sustitución fideicomisaria, ordinaria o de residuo en sus más amplias facultades, o incluso para poder establecer la institución preventiva de residuo, solo podemos interpretar el *salvo disposición contraria del testador* del artículo 808 en el mismo sentido.

Eso sí, no cabe duda que siempre que el testador no haya fijado cómo quiere disponer de la legítima estricta en beneficio del legitimario con discapacidad, la modalidad de la sustitución fideicomisaria que rige por defecto es la de *si aliquid supererit*, la cual le faculta a disponer onerosamente de todos los bienes que componen la legítima estricta, pero no de forma gratuita ni *mortis causa*, ya que para eso se necesita disposición expresa del testador en tal sentido.

Ese mismo fue mi parecer cuando estudié la redacción que el Anteproyecto de la Ley 8/2021 otorgaba al 808, donde expresé: «*En los casos en los que el testador intente beneficiar a un hijo que se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma (finalmente la ley apostó por las personas con discapacidad como beneficiarios) 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*» (BOTELLO HERMOSA, 2019, 2799).

Hoy en día la corriente doctrinal mayoritaria¹⁵ parece posicionarse en esta misma línea de que con el actual 808 el fiduciario con discapacidad podrá disponer onerosamente de los bienes fideicomitidos sin necesitar ninguna causa que lo justifique, si bien existen importantes autores que consideran que el fiduciario con discapacidad solo podrá disponer onerosamente de los bienes fideicomitidos cuando lo necesite, como ESPEJO LERDO DE TEJADA, que expresa: «*Y, finalmente se dice que, para que el testador pueda gravar la legítima de algunos de sus hijos en beneficio del discapacitado, ello se debe fundamentar en una causa justificadora, la cual probablemente constituya una de las cuestiones más relevantes de la propuesta de reforma, si bien llama poderosamente la atención que no se concrete más en qué debe radicar*

esta causa justificadora; así las cosas, para evitar los litigios, entendemos que la causa justificadora no podrá ser otra que la necesidad del discapacitado, y la inevitabilidad de que para atender a esa necesidad se utilice la legítima de los demás. Por tanto, se trata de conectar esta materia con el deber de alimentos» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, 76 y 77); y, CERVILLA GARZÓN, que considera que *«En consecuencia, parece evidente que este fideicomiso de residuo se encuentra orientado a atender la necesidad del fiduciario, interpretando necesidad en sentido amplio, pues no se entendería de otra forma. Y hubiera sido conveniente que el legislador así lo hubiese expresado y no solo dejado entrever como así ha sido. Sin embargo, la omisión de dicha manifestación no nos impide llegar a tal conclusión interpretando la norma en el contexto que se produce y atendiendo a sus características. Ello nos lleva a afirmar que quedará excluido de la facultad dispositiva todo acto cuya finalidad no sea atender a la “necesidad” del discapacitado»* (CERVILLA GARZÓN, 2021, 447).

Lo cierto es que el legislador en la redacción actual cuando ha querido fijar límites concretos lo ha hecho, como, por ejemplo, que apueste solo por los descendientes que ostenten la condición de legitimarios como posibles beneficiarios, o, que no podrán los fiduciarios, salvo disposición contraria del testador, disponer de forma gratuita o *mortis causa*.

Es más, de haber sido la intención del legislador la de que el fiduciario con discapacidad solo pudiese disponer de los bienes fideicomitidos cuando lo necesitase, le habría bastado otorgar una redacción tal vez similar a la siguiente:

«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, pudiendo disponer el fiduciario de tales bienes solo en casos de necesidad, y nunca a título gratuito ni por acto mortis causa».

Pero entonces, si el legislador ha fijado claramente los límites del 808, ¿por qué buscar otros nuevos en cuanto a la facultad de disponer onerosamente por parte del fiduciario con discapacidad de la legítima estricta?

III. ¿PODRÁ DISPONER EL TESTADOR DE LA LEGÍTIMA ERICTA EN PLENO DOMINIO A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD?

Aun siendo consciente de que tal posibilidad no tendrá acogida por la doctrina, se me ocurre más de un argumento para considerar que con

la redacción actual del 808, el testador podría disponer incluso en pleno dominio de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad para proteger al legitimario con discapacidad.

Eso sí, el supuesto que planteo en el presente artículo no implica la libertad de testar plena del testador, sino, que tal posibilidad solo tendrá cabida cuando tenga algún descendiente legitimario con discapacidad, situación en la que la opinión doctrinal¹⁶ aboga aún más si cabe por la referida libertad de testar.

1. LA FACULTAD DEL TESTADOR DE «DISPONER DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA», Y EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

Pasar del «podrá establecer de la legítima estricta» del 2003, al «podrá disponer de la legítima estricta del 2021».

La Ley 41/2003 introdujo en el 808 la siguiente frase: «*el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta*».

Sin embargo, la Ley 8/2021 la suprime por una oración diferente en la que se recoge que: «*el testador podrá disponer de la legítima estricta*»

Es decir, que antes de la reforma de la Ley 8/2021 la libertad del testador sobre la legítima estricta se limitaba a establecer sobre ella un gravamen mediante la sustitución fideicomisaria, mientras que, en la actualidad, el testador puede disponer de dicho tercio con el único límite, al menos literal, de que el beneficiado sea un descendiente legitimario con discapacidad. Junto a la facultad de disponer de la legítima estricta, aunque en una oración diferente, aparece la sustitución fideicomisaria de residuo con carácter subsidiario, porque ese será el tipo de gravamen que recaiga sobre la legítima estricta cuando el testador quiera proteger con ella al legitimario con discapacidad, siempre que el testador no haya dispuesto lo contrario.

Tampoco se fijó ningún límite a la sustitución fideicomisaria que podía recaer sobre la legítima estricta en la redacción del 808 tras la Ley 41/2003, y viendo la interpretación restrictiva que al respecto venía haciendo la mayoría de la doctrina, el legislador de 2021 quiso romper con la tendencia restrictiva sobre la legítima estricta al establecer de forma expresa que el tipo de sustitución fideicomisaria que puede gravar la legítima estricta del resto de legitimarios en beneficio de otro con discapacidad es la de residuo que le faculta para disponer onerosamente de los bienes que conforman la legítima estricta.

¿Por qué no interpretar en la misma línea permisiva respecto a la tangibilidad de la legítima estricta la facultad de disponer de ella sin límites a la que hace referencia la primera oración del párrafo cuarto del 808?

Lo de que el legislador no haya impuesto al testador ningún límite concreto a la facultad de disponer también tiene su importancia, ya que cuando ha querido imponer algún límite concreto sí lo ha hecho, como se desprende del mismo párrafo cuarto del 808, cuando impone como límites en la sustitución fideicomisaria de residuo que rige salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, que no se puede disponer de forma gratuita ni *mortis causa*.

¿Por qué no fijó entonces algún límite a la facultad de disponer del testador con descendientes legitimarios con discapacidad?

Además, cuando el mismo artículo 808 en su párrafo segundo dedicado al tercio de mejora recoge que los progenitores «podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes», el «podrán disponer» les faculta para decidir libremente a cuál de los descendientes le deja la parte de legítima conocida como mejora, sin más límite que el hecho de que el beneficiado sea un descendiente.

¿Por qué el «podrá disponer» del mismo artículo, tal solo dos párrafos después, no tendría el mismo alcance con el único límite impuesto de que sea el beneficiario un legitimario con discapacidad?

A todo ello hay que sumar que, en la actualidad, tal y como expondré a continuación, existen más de cuatro millones de españoles que pueden verse favorecidos con toda la legítima en perjuicio del resto de legitimarios, sin necesidad de que para ello el descendiente beneficiado con toda la legítima tenga reconocida ninguna discapacidad.

¿No tendría sentido que el legislador actual haya podido implementar en favor de las personas con discapacidad un beneficio del que ya disfrutaban millones de españoles sin discapacidad?

Por todo lo anterior, considero que los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad en base a la literalidad del Código Civil, puedan optar entre las siguientes opciones a la hora de beneficiarlos:

1.º. Dejarle expresamente toda la legítima estricta en pleno dominio, al igual que pueden hacer ya navarros, vascos y aragoneses con su legítima sin necesidad de que el descendiente beneficiado sea una persona con discapacidad ni ostente la condición de legitimario.

2.º. Optar por establecer sobre la legítima estricta de forma expresa un gravamen mayor que el que rige supletoriamente, como sería, por ejemplo, una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* que le permitiese disponer tanto de forma onerosa como gratuita *inter vivos*, o, incluso, por qué no, una sustitución preventiva de residuo, que facultase al fiduciario no solo a disponer sin límites *inter vivos*, sino incluso poder hacerlo *mortis causa*.

En este sentido afirma MARÍN CALERO al estudiar la reforma de la Ley 8/2021 que «*el artículo 808 supedita lo anterior a la «disposición contraria del testador». No procede hacer aquí el estudio detallado de esta norma, pero lo cierto es que despierta importantes dudas, como la del testador autorizar también que el fiduciario disponga de los bienes a título gratuito, incluidas las disposiciones mortis causa, y quizá distinguiendo según qué, como dice el precepto, afecte solo a la legítima estricta o también a otras cuotas legitimarias o libres»* (MARÍN CALERO, 2022, 187).

Y es que, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es unánime en considerar que, aunque el artículo 783 del Código Civil prohíbe la disposición de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario, el hecho de que el mismo artículo incluya la excepción «*salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*», faculta precisamente al testador a permitir en testamento cualquier tipo de sustitución fideicomisaria de residuo, o, incluso, la preventiva de residuo, motivo por el cual considero que el «*salvo disposición contraria del testador*» del 808 de la misma forma facultará al testador a decidir libremente cómo quiere disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad en beneficio del que tiene discapacidad.

3.º. Fijar mediante disposición en contrario un gravamen menor que el que rige supletoriamente, como podría ser, por ejemplo, un usufructo, o una sustitución fideicomisaria ordinaria, o una de residuo *de eo quod supererit* en la que el testador fija de qué bienes se puede disponer y de cuáles no.

Dicho esto, no comparto la opinión de los autores¹⁷ que consideran que al implementar la expresión «*salvo disposición contraria del testador*» se está facultando al testador, al margen de la de residuo que permite disponer onerosamente, pero no de forma gratuita o *mortis causa*, solo y exclusivamente con la posibilidad de que en contrario pueda fijar también la sustitución fideicomisaria ordinaria.

Los motivos por los que discrepo de tal argumento son los siguientes:

— Si el «*salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*» del 783 supone que el testador podrá apostar incluso por la sustitución preventiva de residuo, ¿por qué el «*salvo disposición contraria del testador*» del 808 no tiene, como mínimo, el mismo alcance?

— De haber sido esa la intención del legislador podría haberlo recogido así literalmente sin mucha dificultad, remarcando la facultad de gravar como única posibilidad del testador y limitando la disposición en contrario solo para establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria (descartándose con ello la posibilidad de que el testador opte por una sustitución preventiva de residuo), con alguna redacción parecida a la siguiente:

«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. En tal caso, salvo que el testador prefiera establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria, 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».

O, incluso respetando la redacción actual, pudo perfectamente el legislador recoger en la primera oración el verbo «gravar» en vez de «disponer», y acompañar el verbo gravar con la institución de la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible, lo cual hubiese otorgado al párrafo cuarto del 808 una redacción parecida a esta:

«Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá gravar a su favor la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad mediante una sustitución fideicomisaria. En tal caso, salvo que el testador prefiera establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria, 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».

— Precisamente, el argumento de que hay seguir respetando la intangibilidad de la legítima estricta como imposibilidad para que el testador pueda disponer libremente de ella decae con el carácter supletorio que la Ley 8/2021 ha otorgado a la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual permite disponer onerosamente al fiduciario de todos los bienes que componen la legítima estricta.

O, dicho de otra forma, la posibilidad de que los legitimarios sin discapacidad se vean privados de su legítima estricta no ha sido una preocupación para el legislador de 2021, sino que su principal interés ha sido beneficiar a los descendientes legitimarios con discapacidad por encima de todas las cosas, como lo acredita el hecho de que les permita disponer onerosamente de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

En definitiva, no me queda más que mantener el argumento que expuse en 2019 al estudiar la redacción que se proponía para el artículo 808 del Código Civil en el Anteproyecto de la Ley 8/2021:

«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 en contrario.

Por todo lo anteriormente expuesto, llevo 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 (finalmente la ley optó por incluir a las personas con discapacidad como beneficiarios), 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 excepción» (BOTELLO HERMOSA, 2019, 2793 y 2794).

A todo lo anterior, y dando pie al próximo apartado, podemos sumar otra duda que puede reforzar la libertad de testar en los casos en los que el causante tenga un descendiente legitimario con discapacidad, como es el hecho de que de la misma forma ya pueden beneficiarse en España más de cuatro millones de personas sin discapacidad, ¿por qué no podrán hacerlo entonces las personas con discapacidad que necesitan más protección que las que no tienen ninguna discapacidad por los motivos esgrimidos por el Banco Mundial?

2. LA LEGÍTIMA COLECTIVA DE ARAGÓN Y DEL PAÍS VASCO, Y LA LIBERTAD DE TESTAR EN NAVARRA

Cuando hablamos de legítima colectiva hacemos referencia a lo que ocurre en Aragón y en el País Vasco, donde, tal y como expondré a continuación, el testador puede dejar la herencia completa a cualquiera de sus descendientes, sin necesidad de que el beneficiario tenga reconocida ninguna discapacidad para convertirse en el único heredero, ni tampoco se le exige que ostente la condición de legitimario.

Sin embargo, la misma operación también tiene cabida en Navarra, donde hay censadas 661 537 personas según el INE¹⁸, y según la Ley 267 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra establece que «*La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de “cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes*

comunes por inmuebles”, no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero.

La atribución de la «legítima navarra» con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal».

Por tanto, en palabras de LASARTE, no existe, propiamente hablando, legítima en Navarra, pues se considera únicamente en sentido formal y, por tanto, basta con no preterir a los hijos, pero haciéndolos exclusivamente de una disposición de carácter simbólico. Actualmente, pues, rige en términos materiales la libertad de testar (LASARTE, 2021, pág. 169),

Por ello, podemos afirmar que también en Navarra puede aplicarse el supuesto de legítima colectiva del que hablo en a partir del siguiente párrafo, ya que todo testador que tenga libertad de testar podrá dejar evidentemente toda su herencia a cualquiera de sus descendientes de forma individual.

Centrándonos ya en la legítima colectiva de Aragón, donde hay censadas 1326261 personas según el INE¹⁹, debemos saber que la ordenación sucesoria aragonesa se contiene en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que derogó, entre otras normas, la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

En el preámbulo del Código se recoge que *«la legítima, como límite de la libertad de disponer de que gozan los aragoneses, sigue siendo legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio».*

Al igual que ocurre en el Derecho común²⁰, en Aragón los hijos son legitimarios de grado preferente antes que los nietos, ya que como expone el 488 en su primer párrafo *«Son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes».*

Sin embargo, dicha preferencia solo rige para las sucesiones intestadas, ya que en las testadas el testador no tiene ningún límite a la hora de elegir a cuál de sus descendientes puede beneficiar con toda la legítima (la cual asciende a la mitad de la herencia y no se divide entre legítima estricta y legítima de mejora), o, dicho de otra forma, el testador puede elegir a cualquiera de sus descendientes para que herede toda la legítima (puede elegir a su nieto aunque su hijo viva), ya que el artículo 486, que lleva por título el de «Legítima colectiva», expone que:

«1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios.

2. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal».

En definitiva, los testadores aragoneses pueden hacer con toda su legítima lo mismo que pueden hacer con el tercio de mejora los testadores sujetos al Derecho común, ya que dicho tercio puede dejarse a cualquiera de sus descendientes sin necesidad para ello de que sea legitimario.

Por su parte, en el País Vasco hemos de resaltar que la sucesión forzosa se encuentra regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, norma de carácter uniformizador, ya que la ley anterior, Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, mantenía sensibles diferencias en los criterios sucesorios de los territorios de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, y en concreto en el ámbito sucesorio que es el que nos interesa en este trabajo. Así se recoge en la exposición de motivos de la Ley 5/2015, cuando expone: «En cuanto a la sucesión forzosa, hay grandes divergencias en nuestro Derecho histórico que convendría reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se cree prudente mantener (...).

El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas.

La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento».

Precisamente por ello, la norma prevé una importante serie de reglas aplicables a todo el territorio, ya que tal y como recoge en su artículo 8 «La presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la comunidad autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto».

La legítima que afecta a todo el País Vasco (menos al valle de Ayala, formado por menos de 3000 personas, donde existe libertad absoluta a la hora de testar) asciende a una tercera parte del caudal hereditario, y tal y como recoge el artículo 48.2 de la 5/2015 «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita».

Es decir, que, en dicha región, donde hay censadas 2213993 personas según el INE²¹, los testadores disfrutaban de una legítima colectiva al igual que

ocurre en Aragón, definición de legítima colectiva que sí usa literalmente la norma vasca en su artículo 51.3 cuando establece que «*El heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva*».

Existen autores que a la hora de abordar la futura reforma del sistema legitimario español planteaba la posibilidad de que se aplicase en nuestro Derecho común una legítima estricta colectiva entre los descendientes legitimarios sin discapacidad, como VAQUER ALOY cuando expresó que «*Una opción a plantearse sería establecer una legítima colectiva, al modo de la legítima aragonesa y vizcaína o de la mejora del Código Civil, de modo que el testador pudiera elegir de entre los legitimarios a quien favorecer, más ello no tendría por qué conllevar ineludiblemente que el causante favoreciera a aquel de los legitimarios que realmente se hallare en mayor situación de necesidad*» (VAQUER ALOY, 2007, 14),

Pero, volviendo a la posibilidad real que existe a día de hoy conforme a la actual redacción del 808, bajo mi punto de vista no resulta carente de sentido jurídico plantearnos la posibilidad de que el legislador actual, a través de la Ley 8/2021, haya permitido en beneficio de los españoles con discapacidad sujetos al Derecho común, la misma posibilidad de la que ya disfrutaban millones de españoles sin discapacidad.

Eso sí, de admitirse la posibilidad de que el 808 actual permite una legítima similar a la colectiva de las regiones forales, haríamos referencia a una legítima colectiva mucho más reducida en el Derecho común, principalmente por dos motivos:

1.º. Que mientras en Navarra tienen una legítima simbólica, en Aragón y el País Vasco la legítima colectiva no exige que el descendiente que se beneficie de ella sea legitimario, por lo que el testador podrá dejarle toda la legítima a un nieto aunque su padre (hijo del testador) viva, situación que no podría darse en el Derecho común ya que el 808 limita como únicos posibles beneficiarios de la legítima estricta a los descendientes legitimarios con discapacidad, es decir, que los beneficiados tienen que ostentar la condición de legitimarios, por lo que un nieto con discapacidad nunca podrá beneficiarse de la legítima estricta si su padre (que sería el legitimario) vive y no ha sido justamente desheredado ni ha incurrido en causa de indignidad sucesoria.

2.º. Que la Ley 8/2021 limita como posibles beneficiarios de la legítima estricta a los descendientes legitimarios que tengan reconocida una discapacidad, reconocimiento que, por el contrario, no se exige ni en Navarra, ni en Aragón ni en el País Vasco, donde se puede elegir libremente entre cualquiera de sus descendientes para dejarle toda la legítima, tal y como ocurre en el Derecho común con el tercio de mejora.

3. SU ENCAJE EN EL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL

Parte de la doctrina considera que el testador no podrá disponer sin límites de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad en beneficio del legitimario con discapacidad, porque no puede privarles de ella.

Así, ESPEJO LERDO DE TEJADA al estudiar la redacción del 808 propuesta por el Anteproyecto de la Ley 8/2021 expresaba que *«Hay, finalmente, una importante novedad cuyo alcance es difícil de interpretar: a tenor de la propuesta, la figura del fideicomiso no sería la única posibilidad con la que el testador puede disponer o gravar la legítima estricta de los descendientes no discapacitados, ya que el proyecto prevé una redacción del artículo 808 del Código Civil en que el fideicomiso existe «salvo disposición contraria del testador». No podemos estar de acuerdo con la idea de que esto supone la posibilidad de que el testador pueda disponer a favor de los discapacitados del tercio de legítima estricta sin ningún límite, o de que también pueda el testador autorizar al discapacitado que realiza sobre esos bienes atribuidos en fideicomiso los actos dispositivos inter vivos gratuitos o mortis causa que desee, por una razón sistemática de primer orden: el artículo 813 del Código Civil sigue considerando que lo posible en esta materia es el gravamen de la legítima, no la privación absoluta a voluntad del causante o del discapacitado, como supondrían, en cambio, estas otras formas de articular las necesidades del discapacitado»* (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, 77 y 78).

Aun siendo ello cierto, también lo es que el primer párrafo del 813 recoge que *«El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley»*.

Por tanto, existen supuestos expresamente determinados en la ley, en los cuales el testador está facultado para privar a los herederos de su legítima.

¿Podrá considerarse conforme a la literalidad actual del 808, párrafo cuarto, que tener un descendiente legitimario con discapacidad es uno de los casos en los que expresamente la ley faculta al testador a privar a sus herederos (en este caso, a los legitimarios sin discapacidad) de su legítima, en base al 813?

De admitirse tal posibilidad considero que no se hablaría de desheredación de los legitimarios sin discapacidad, porque en Aragón la legítima colectiva (art. 486 del Código de Derecho Foral de Aragón) coexiste con las causas de indignidad para suceder (art. 328) y las causas de desheredación (arts. 509 y sigs.), lo que implica que cuando el testador decida favorecer a uno de los descendientes con toda la herencia no estará desheredando al resto de herederos, sino que simplemente les estará privando de su legítima porque la ley le faculta a ello.

O, dicho de otra forma, en nuestro Derecho común podría entenderse que cuando un testador apueste por favorecer con toda la legítima a

un descendiente legitimario con discapacidad no estará desheredando al resto de legitimarios sin discapacidad, sino que les estará privando de su legítima no por una conducta merecedora de ser desheredados o de ser considerados indignos, sino porque el testador puede hacerlo, ya que beneficiar al descendiente legitimario con discapacidad sería una de las causas determinadas expresamente en el Código Civil para poder hacerlo.

Respecto a por qué deben dejar los padres bienes a todos los hijos si tiene alguno más necesitado que los demás, expresa ROCA TRÍAS que *«hay supuestos en los que la herencia cumpliría su función social obligando a la protección de determinados grupos familiares, tal como se deduce de las propias normas constitucionales, de modo que podría obligarse al propietario causante a atribuir bienes, ya sea en forma de legítima, ya sea en forma de patrimonios vinculados (trust), a los hijos menores de edad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 39.3 CE y a los hijos que se encuentren en situaciones dignas de protección, como los discapacitados (art. 39.3 in fine y 49 CE). De hecho, la reforma del Código Civil producida por Ley 41/2003 modificó el artículo 808 CC, que permitió establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta cuando uno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado; en este caso los fiduciarios serán dichos hijos y los demás legitimarios serán fideicomisarios. La función social en estos casos la cumplirá la herencia porque los bienes privados van a ir dirigidos a quienes de otro modo, dependerían de las prestaciones sociales y la pregunta lógica será ¿por qué si el causante tiene bienes para afrontar las necesidades que presenta un hijo suyo incapacitado judicialmente, debe dejar la legítima libre a los demás legitimarios y enviar al más necesitado a la prestaciones sociales? El 808.3 del Código Civil presenta un supuesto de solidaridad familiar, que incluso podría ir más allá. Con esta reflexión volvemos a lo que ya había dicho: la única función social de una legítima en su relación con la familia es la dirigida a la subvención de las necesidades de determinados miembros, admitidas de forma clara en la Constitución. En definitiva, lo que puede calificarse como legítima alimenticia»* (ROCA TRÍAS, 2020, 39).

4. POSIBLES MOTIVOS POR LOS QUE Oponerse a la LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR

Aunque personalmente defiendiendo justo lo contrario, entiendo que en base a la literalidad actual del 808 (a la que tanto hago referencia a la hora de intentar defender mis argumentos) también pueden existir motivos para defender que la intención del legislador de la Ley 8/2021 no fue la de permitir que el testador pudiese disponer incluso en pleno dominio de la

legítima estricta en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad, como son, principalmente:

1.º. El hecho de que trate de forma diferente a los legitimarios con discapacidad y a los legitimarios sin discapacidad.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ entiende que *«la reforma está posibilitando tratar de diferente manera a los legitimarios que presenten discapacidad, lo que, se justifique como se quiera justificar, es contrario a las premisas de la Convención. Se mire como se mire, la igualdad y la plena inclusión implican que se herede en idénticas condiciones a cualquier otro»* (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, 937).

Personalmente discrepo de dicha afirmación, ya que, tal y como pone de manifiesto el Banco Mundial en el informe²² publicado el 21 de marzo de 2021, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos adversos, y cuentan con menos oportunidades de formación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza, así que, en definitiva, las personas con discapacidad necesitan una mayor protección, por tanto diferente, que la que necesitan las personas sin discapacidad, y precisamente por ello cuentan con varias medidas especiales de protección de las que no disponen las personas sin discapacidad en el ámbito sucesorio, y no solo en dicho ámbito, sino también en el fiscal, laboral.

Bajo mi punto de vista, el hecho de que al permitir la protección de las personas con discapacidad con la legítima estricta se les esté diferenciando de las personas sin discapacidad no es argumento para oponerse a la teoría que vengo planteando en el artículo, ya que de ser así también se opondrían al espíritu de la Convención todas las medidas fiscales, laborales, administrativas... que también las diferencian, pero es que, las personas con discapacidad necesitan una protección diferente de aquellas que no tienen ninguna discapacidad.

2.º. La restricción a favor de los descendientes legitimarios con discapacidad como únicos posibles beneficiarios de la legítima estricta.

Aun siendo cierto que el legislador ha ampliado de forma exponencial la tangibilidad de la legítima estricta al elegir como nuevos beneficiarios en el 808 a las personas con discapacidad en vez de haber limitado su alcance a las personas con discapacidad con curatela representativa, y apostando por la modalidad de residuo sobre la legítima estricta cuando el testador no haya dispuesto otra cosa, también lo es que con la redacción anterior del 808 se podía gravar la legítima estricta en favor de cualquiera de los descendientes incapacitados, mientras que en la actualidad tan solo se puede disponer de ella en beneficio de los descendientes con discapacidad que ostenten la condición de legitimarios.

Por tanto, podemos afirmar que con el actual 808 un abuelo no podrá beneficiar a un nieto con discapacidad con la legítima estricta si su padre vive, ya que en este caso el nieto no es legitimario.

Sin embargo, la literalidad actual del Código Civil obliga a que nos cuestionemos si tan solo serán los hijos con discapacidad los que puedan hacerlo, y no los nietos aun ostentando la condición de legitimarios (por ejemplo, por sobrevivir a su padre, o porque su padre haya sido desheredado o declarado indigno). Y es que, mientras la primera oración del párrafo cuarto del 808 habla de que el testador podrá favorecer a sus legitimarios con discapacidad, y dentro de los descendientes como herederos forzosos pueden ser legitimarios tanto los hijos como los descendientes, el artículo 782, en cambio, contempla a los hijos del testador como únicos posibles beneficiarios de lo establecido en el artículo 808, y la segunda oración del párrafo cuarto del 808 también se refiere al hijo beneficiado con la sustitución fideicomisaria de residuo.

En mi opinión, carecería de toda lógica jurídica que si un descendiente con discapacidad fuese legitimario del causante no pueda verse beneficiado de la legítima estricta del resto de legitimarios, y más teniendo en cuenta que la literalidad de dichos artículos se ha implementado en nuestro del Código Civil precisamente por una ley que tiene como finalidad la protección de las personas con discapacidad.

Es más, incluso el hecho de que un abuelo no pueda favorecer con toda la legítima estricta a un nieto con discapacidad porque su padre vive, resulta un tanto paradójico si tenemos en cuenta el hecho de que ese mismo nieto, incluso sin discapacidad, sí que podría ser favorecido con toda la legítima en Aragón o el País Vasco.

Por su parte CARRIÓN OLMOS considera que *«Varias son las puntualizaciones que cabe hacer aquí: de un lado, se repite, como se apuntó, ese extraño, e incomprensible, maridaje terminológico “hijo”/“legitimarios”, cuando lo cierto es que ell o los legitimarios no tienen por qué ser necesariamente “hijos”, cabría incluso concurrir en “hijos” con “nietos” (hijos del hijo premuerto), y que como consecuencia del fallecimiento de su progenitor pasen a ser legitimarios inmediatos del abuelo (siquiera sucediéndole por representación, y cabría asimismo que la situación de discapacidad afecte a uno de los nietos, y no a todos. Resulta del todo impensable que el designio legislativo haya tratado de ir más allá, y en un afán de tratar de proteger al máximo la legítima de los hijos no discapacitados, haya identificado con carácter excluyente (siquiera a los efectos de lo dispuesto en los preceptos de referencia) la condición de “hijo” con la de “legitimario”, excluyendo así del marco protector al “legitimario” en situación de discapacidad que no sea sin embargo “hijo” del testador»* (CARRIÓN OLMOS, 2022, 3025).

También MARÍN CALERO expone que *«¿Es realmente necesario que se trate directamente de un hijo, excluyendo a los descendientes ulteriores?»*

Veremos lo que decide la jurisprudencia, pero en mi opinión lo relevante debería ser la condición de legitimario, de manera que los descendientes también entrarán en juego, pero solo cuando ellos mismos sean también legitimarios» (MARÍN CALERO, 2022, 186).

Pero, dado que nos encontramos en el apartado que dedico a los posibles motivos por los que oponerse a la libre disposición de la legítima por parte del testador, considero que uno puede ser el hecho de que el legislador no haya mantenido a cualquier descendiente con discapacidad como posible beneficiario de la legítima estricta, sino que ha restringido su alcance exclusivamente en favor de los que sean legitimarios.

3.º. El «gravamen de la legítima estricta» del que habla el párrafo quinto del 808.

Recoge el quinto y último párrafo del 808, también nuevo e introducido en nuestro del Código Civil por la Ley 8/2021, que *«Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique».*

En base a la literalidad del precepto, lo que podrá impugnar el legitimario de cuya legítima estricta se hubiese dispuesto es que se haya hecho sin causa que lo justifique, siendo la única causa que puede justificar tal disposición la de que se use para beneficiar a un descendiente legitimario con discapacidad²³.

Sin embargo, el motivo que considero puede ser usado en contra de la libertad de disposición absoluta del testador sobre la legítima estricta es que en dicho párrafo se expresa que el hijo puede impugnar «el gravamen de su legítima estricta».

Es decir, habla de la facultad del testador en base al párrafo cuarto y solo recoge el gravamen sobre la legítima dentro de la facultad de disposición del testador.

¿Deberá entenderse entonces que la verdadera intención del legislador de la Ley 8/2021 era permitir como máximo un gravamen sobre la legítima estricta porque así aparece en el párrafo quinto?

Aunque lo considero un motivo lógico para oponerse a la plena libertad de disponer de la legítima estricta por parte del testador que quiera beneficiar a los descendientes legitimarios con discapacidad, lo cierto es que entiendo que son más los motivos que hacen aconsejable interpretar en su máxima expresión la literalidad del párrafo cuarto del 808, lo cual, reitero, no supondría la supresión del régimen de legítimas, sino que simplemente permitiría que toda ella fuera a parar a un mismo descendiente legitimario, en este caso, uno con discapacidad, porque el testador lo entienda oportuno, facultad que tampoco obliga al testador a apostar por dicho medio de protección cuando no lo considere necesario.

IV. UN SUPUESTO PRÁCTICO COMO EJEMPLO

Con la redacción actual del 808 del Código Civil, y por los motivos que he ido argumentando a lo largo del presente artículo, no es descabellado imaginar que en los próximos años puedan existir testamentos con una redacción similar a la siguiente:

«Dado que mi hija Carla tiene una discapacidad psíquica del 85%, quiero disponer en su favor del tercio de libre disposición, del de mejora y del de legítima estricta.

Expresamente en este acto manifiesto que la legítima estricta del resto de mis legitimarios sin discapacidad quiero adjudicársela en pleno dominio, al igual que la mejora y la libre disposición, a mi hija Carla.

Para el caso de que el resto de mis legitimarios sin discapacidad impugnen el testamento, quiero hacer constar en este acto que de prosperar sus pretensiones, es mi deseo favorecer entonces a mi hija Carla con el tercio de libre disposición y con el de mejora, más su cuota de legítima estricta, y gravar la legítima estricta del resto de mis legitimarios sin discapacidad en favor de Carla mediante una sustitución preventiva de residuo que le faculte a disponer sin ningún límite, tanto inter vivos (de forma onerosa y gratuita) como mortis causa.

Por último, si de igual forma impugnan el contenido de la anterior cláusula mis legitimarios sin discapacidad y prosperasen sus argumentos, dejo recogida que entonces es mi última voluntad la de favorecer a mi hija Carla con el tercio de libre disposición y con el de mejora, más su cuota de legítima estricta, y gravar en su favor la legítima estricta del resto de mis legitimarios sin discapacidad con una sustitución fideicomisaria de residuo que le permita disponer onerosamente de dicho tercio sin ninguna limitación, tal y como permite el artículo 808, párrafo cuarto».

Imaginémonos que los hermanos de Carla, que son los legitimarios sin discapacidad privados de su legítima estricta por voluntad del testador, impugnan en los tribunales el contenido del testamento en base al artículo 815 del Código Civil, que permite ejercer la acción de complemento de legítima en los casos en que el testador no ha respetado con su disposición los derechos de los legitimarios.

En tal caso, los letrados de la hija con discapacidad favorecida en el testamento con la legítima estricta podrían contestar la demanda argumentando:

1.º. Que el artículo 813 del Código Civil en su primer párrafo permite al testador privar a los herederos de su legítima en los casos expresamente determinados por la ley, y que precisamente el beneficio de un descendiente legitimario con discapacidad es uno de esos casos en los que la ley posi-

bilita que el testador prive a los herederos de su legítima, ya que en tales casos podrá disponer sin ningún límite de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad, tal y como reza la primera oración del párrafo cuarto del 808.

2.º. Que no consta ningún límite en la literalidad del 808 respecto a la facultad de disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad por parte del testador.

4.º. Que la sustitución fideicomisaria de residuo de la que habla ese mismo párrafo cuarto del 808 pero en su segunda oración, será el gravamen elegido por el testador sobre dicha legítima «*salvo disposición en contrario*», y en el presente procedimiento consta como el testador dispuso expresamente que su intención era dejarle la legítima estricta a su hija con discapacidad en pleno dominio, tal y como hacía con la mejora y la libre disposición.

3.º. Que existen más de cuatro millones de españoles, en concreto los navarros, vascos y aragoneses, que pueden beneficiarse con toda la legítima sin necesidad de tener reconocida ninguna discapacidad, ya que en dichas regiones los testadores pueden dejarle toda la legítima a cualquiera de sus descendientes.

¿Por qué no podrán entonces beneficiarse exactamente igual los descendientes legitimarios con discapacidad cuando sea esa la voluntad del testador, si así lo permite la literalidad del 808 tras la reforma del Código Civil llevado a cabo por una ley protectora de las personas con discapacidad, como es la Ley 8/2021?

4.º. Que para el caso de que no se permita el pleno dominio de la legítima estricta para Carla por atentar tal posibilidad contra la legítima estricta de los herederos, subsidiariamente debe tener acogida la voluntad del testador de que sobre ella recaiga una sustitución preventiva de residuo sin ningún límite, institución admitida por nuestro Tribunal Supremo en base al artículo 783 y la disposición en contrario que pueda fijar al respecto el testador, disposición en contrario que aparece en el presente testamento, motivo por el cual no hay ningún motivo legal para que no rija la sustitución preventiva de residuo deseada por el testador.

5.º. Por último, alegan los abogados de Carla que lo que pretenden evitar los demandantes, que Carla herede toda la herencia, puede llegar a producirse incluso aunque se admita la demanda, ya que como mal mayor para Carla se acabará aplicando la sustitución fideicomisaria de residuo que le faculta a disponer onerosamente de todos los bienes que componen la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad (los demandantes).

Solo el tiempo dirá qué postura adoptarán nuestros tribunales al respecto.

V. CONCLUSIONES

Al estudiar el contenido del Anteproyecto de la Ley 8/2021, y en concreto la nueva redacción que en él se proponía para el artículo 808 del Código Civil, en 2019 expuse (BOTELLO HERMOSA, 2019, 2800):

«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 (finalmente la Ley 8/2021 apostó por las personas con discapacidad), 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 del Código Civil la modalidad de residuo de dicha institución, y por otro, porque si bien 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 faculta 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».

Más de tres años después, y aun siendo plenamente consciente de que tal planteamiento no tendrá ninguna acogida entre la doctrina, me reafirmo en el pensamiento de que, como mínimo, debemos cuestionarnos si la nueva redacción del artículo 808 del Código Civil tras la Ley 8/2021, faculta al testador a dejar toda la herencia al legitimario con discapacidad, incluso en pleno dominio, por los siguientes motivos:

1.º. El legislador de 2021 suprimió el «podrá establecer de la legítima estricta» del 2003, por el actual «podrá disponer de la legítima estricta». ¿Con qué finalidad?

2.º. A la referida facultad de disponer no le ha fijado ningún límite, cuando, por el contrario, sí que ha fijado otros límites en ese mismo

párrafo, como los de no disponer de forma gratuita o *mortis causa* por el fiduciario con discapacidad de los bienes fideicomitidos, salvo disposición en contrario del testador.

3.º. El legislador de 2021 descartó seguir con una mirada restrictiva sobre los posibles beneficiados-perjudicados con la legítima estricta, ya que ha descartado a las personas con discapacidad con curatela representativa como únicos posibles beneficiarios (que sería apostar por una línea continuista-restrictiva conforme a la Ley 41/2003), y, sin embargo, ha reflejado expresamente su intención de una tangibilidad de la legítima estricta cada vez más amplia, permitiendo como posibles beneficiarios de dicho tercio a los que hasta entonces lo tenían prohibido por la Ley 41/2003: las personas con discapacidad.

4.º. En vez de posicionarse junto a la mayoría de la doctrina que con mirada restrictiva se oponía tajantemente a la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta, ya que consideran que tal decisión podría atentar contra el artículo 813 del Código Civil al privar al resto de legitimarios de su herencia, el legislador de 2021 lo ha tenido claro: el tipo de sustitución fideicomisaria que recae sobre el tercio de legítima estricta, salvo disposición contraria del testador, será la de residuo, y dentro de sus modalidades, la de residuo que faculta al fiduciario con discapacidad a disponer onerosamente, y sin ningún motivo para ello, de los bienes que componen la legítima estricta del resto de legitimarios.

¿Por qué volver a interpretar las novedades de esta reciente Ley 8/2021 con una visión restrictiva respecto a la posible tangibilidad de la legítima estricta?

5.º. Si en Aragón, País Vasco y Navarra, cualquier testador puede dejarle toda su herencia a cualquier descendiente sin que ello haya supuesto el fin de las familias en dichas regiones, ¿qué sentido tiene que en el Derecho común los testadores no puedan hacerlo en favor de un descendiente legítimo con discapacidad cuando así parece permitírsele el Código Civil?

6.º. Nuestro Código Civil establece que existen casos expresamente determinados por la ley en los que el testador puede privar a los herederos de su legítima (art. 813, primer párrafo), por lo que podríamos contemplar el caso de tener un descendiente legítimo con discapacidad como uno de los supuestos expresamente determinados en la ley para dejar sin legítima al resto de herederos, coexistiendo perfectamente esta posibilidad con los supuestos de desheredación y de indignidad sucesoria, tal y como ocurre en Aragón.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2005). El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 37-45.

- BOTELLO HERMOSA, P. (2015). Aceptación de nuestro Tribunal Supremo de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria a término. *Revista de Derecho Civil*, número 2, 127-170.
- (2019). La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2783-2804.
- CABEZUELO ARENAS, A. (2021). El fideicomiso de residuo del artículo 808.IV del Código Civil: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8.
- CARRIÓN OLMOS, S. (2021). Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los artículos 782 y 808 del Código Civil tras su redacción por la Ley 8/21, de 2 de junio. *IDIBE: Instituto de Derecho Iberoamericano*, 1-4.
- (2022). Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código Civil español? *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16 bis, 3010-3039.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2021). La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo (dirs.)/C. Gil Membrado y J. J. Pretel Serrano (coords.). *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid: Bosch Wolters Kluwer, 691-706.
- CARRASCO PERERA, Á. (2014). ¿Te “ningunean” tus hijos? ¡Desherédalos!, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 896.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Apartados treinta y ocho, treinta y nueve y cuarenta del artículo segundo. En C. Guilarte Martín-Calero (directora). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra, Editorial Thomson Reuters, 933-953.
- DE SALAS MURILLO, S. (2010). Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 677-717.
- DÍAZ ALABART, S. (2004). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). *Revista de Derecho Privado*, número 88, 259-270.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). Prólogo. *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el del Código Civil*, La Coruña: Andavira.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 53, 113-160.
- (2020). *Tendencias reformistas en el Derecho Español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*. Bosch Wolters Kluwer.
- GALICIA AIZPURÚA, G. (2013). *Comentarios al Código Civil*. En: Rodrigo Bercof Rodríguez-Cano (director). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GIL MEMBRADO, C. (2014). Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio. *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*. En: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores). Madrid: Dykinson (103-132).

- GOMÁ LANZÓN, I. (2019) ¿Tienen sentido las legítimas en el Siglo XXI? En M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza (dirs.)/ J.P. Murga Fernández, C. Hornero Méndez y F. Capilla Roncero (coords.). *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (61-76).
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J.M.^a (2013). La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad. Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas.
- HERRERO OVIEDO, M. (2007). Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado. *La protección jurídica del incapacitado, II Congreso Regional*. En: Serrano García (coordinador). Valencia: Tirant Lo Blanch (287-294).
- LASARTE, C. (2021). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Editorial Marcial Pons.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2005). Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003. *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20, 179-272.
- MARÍN CALERO, C. (2022). *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2010). *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*. Madrid: Editorial Dykinson.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S. (2022). Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2022). *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, en Editorial universitaria Ramón Areces.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019). Curatela y representación. En S. de Salas Murillo y M.^a V. Mayor del Hoyo (dirs.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch (253-270).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. (2013). *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*. Madrid: La Ley.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídicos civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, 1-26.
- NANCLARES VALLE, J. (2011). Sustituciones Fideicomisarias en Navarra. En: María del Carmen Gete-Alonso y Calera (directora), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Navarra: Aranzadi (121-160).
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016). La sustitución fideicomisaria como instrumento de protección del incapacitado: cuestiones críticas relativas a sus presupuestos objetivos. En J. R. Prieto, C. Hornero Méndez y J.M. Macarro Osuna (coords.). *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi (183-200).
- PÉREZ RAMOS, C. (2021). Incidencia de la Ley 8/21 sobre las sustituciones hereditarias. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, 42-29.

- PEREÑA VICENTE, M. (2007). La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados? En J. Pérez de Vargas Muños (coord). *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: La Ley (687-700).
- ROCA TRÍAS, E. (2020). La libertad de testar: entre constitución y familia. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 13-46.
- RIPOLL SOLER, A. (2005). La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: Fideicomiso de Residuo. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 823-828.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2009). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Madrid: Dykinson.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. (2004). La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes. *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. En: González Porras y Méndez González (coords). Murcia: Universidad de Murcia (4185-4206).
- SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. (2022). La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el régimen de sociedad de gananciales. A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 815-841.
- VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 1-25.
- VERDERA SERVER, R. (2022). *Contra la legítima*. Madrid: Fundación Notariado.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica.

NOTAS

¹ Lo cual supuso que algún autor resaltase la Ley 41/2003 como un gran paso en la protección de las personas incapacitadas, como MAYOR DEL HOYO, María Victoria, La interrelación de los aspectos jurídicos civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVIII, núm. 2173, 20014, 13.

² En este mismo sentido MARTÍN MELÉNDEZ argumentó que «*el motivo por el que la Ley 41/2003 ha optado por el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados, es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos artículos 782, 808 y 813 del Código Civil, puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (...), y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometida a tutela o curatela), que aquella que, simplemente, ha sido declarada discapacitada*» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, 63 y 64); mientras que GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ expuso que «*tal vez sea más correcto entender que nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador se muestra más garantista: puesto que supone una excepción a la intan-*

gibilidad de la legítima que produce como resultado la afectación de derechos de terceros (pues priva provisionalmente a los legitimarios de lo que les corresponde por legítima estricta en la sucesión del difunto), se considera indispensable la intervención judicial, sin que baste el control meramente administrativo ligado a la discapacidad» (GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, 2013).

³ El artículo 269 del Código Civil fija que «Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

MARTÍNEZ CALVO expresa que «únicamente en situaciones en que no pueda darse de otro modo, la curatela puede concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrá tener alcance general» (MARTÍNEZ CALVO, 2022, 29).

⁴ Apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ que «las discapacidades son muy diferentes entre sí (físicas, sensoriales, psíquicas), como lo son los apoyos que necesitan los discapacitados en función de la discapacidad que les afecta» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, 270). Por su parte, DE SALAS MURILLO expresa que «La clasificación tradicional distingue entre discapacidad física, psíquica o intelectual y sensorial; no obstante, cada uno de estos apartados se ha abierto a nuevos contenidos (v.gr. la discapacidad intelectual, prácticamente identificada con el retraso mental, actualmente incluye enfermedades como el autismo, que no tiene porqué llevar aparejado aquel), y se alude a un cuarto tipo de discapacidad, que es la que deriva de los trastornos psiquiátricos o psicológicos. Sea del tipo que sea, si por algo se caracteriza la discapacidad es por la necesidad de apoyo social para poder hacer real la igualdad de oportunidades, y la articulación de estos apoyos pasa por la valoración de la discapacidad» (DE SALAS MURILLO, 2010, 700).

⁵ Expone la disposición adicional cuarta del Código Civil tras la reforma de la ley 8/21 que: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia».

⁶ Las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.

⁷ b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

⁸ Así, por orden cronológico, RIVERA ÁLVAREZ llegó a la conclusión de que «no podrá afectar una cláusula de residuo a la legítima estricta de tal modo que suponga la pérdida de los derechos legitimarios por cuanto supondría considerar esta como una expectativa de derecho y no como un derecho propiamente dicho» (RIVERA ÁLVAREZ, 2004, 4204).

También LENA FERNÁNDEZ indicó 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 cumpliera 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» (LEÑA FERNÁNDEZ, 2005, 195).

ESPEJO LERDO DE TEJADA, por su parte, argumentó que «no es posible acogerse por el testador a la posibilidad que otorga el párrafo segundo del artículo 783 del Código Civil de establecer un fideicomiso en el que el fiduciario cuente con la facultad de disposición. Ello nos parece que no es posible en este caso porque relegaría a los legitimarios a la condición de meros receptores del residuo, lo que debería haber sido expresamente autorizado por el legislador, pues conllevaría un mayor gravamen para la legítima de los no incapacitados (que pudiera quedar reducida a la nada)» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, 133).

HERRERO OVIEDO también expuso que «no es posible admitir, al amparo de la nueva regulación del Código Civil, un fideicomiso de residuo que recaiga sobre la legítima estricta» (HERRERO OVIEDO, 2007, 292).

RIVAS MARTÍNEZ igualmente se posicionaba dentro de la corriente doctrinal negativa al afirmar que «ante el silencio del Código, en principio, puede pensarse que no lo limita y que es admisible poder aplicar la figura del fideicomiso de residuo al supuesto que la ley regula, todo ello al amparo del principio de libertad de la voluntad del testador.

Acceptando este punto de partida, inmediatamente nos asalta la duda de si el fideicomiso de residuo en cualquiera de sus modalidades (si aliquid supererit, o de eo quod supererit) es la figura adecuada para resolver los intereses en juego, en una situación como la recogida en el artículo 808.3.

Una de las finalidades de la norma es, efectivamente, favorecer al discapacitado declarado judicialmente incapacitado, pero no es menos cierto que el mismo precepto no quiere ir más allá de lo que sea lógico y equitativamente razonable y ello porque de admitirse que el testador pueda acogerse a esta figura en la que el fiduciario pudiera enajenar, no solo en los supuestos excepcionales, sino en los términos más o menos amplios que se pueden alcanzar en el fideicomiso de residuo, de hecho se llegaría (o se podría llegar) a que los fideicomisarios-colegitimarios quedarían reducidos a meros receptores del residuo lo que implicaría un agravamiento en la legítima de los no incapacitados. (...) Así, tratándose del fideicomiso del artículo 808.3 de un supuesto excepcional parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria.

En esta línea restrictiva, a la que me adhiero, se manifiesta, además, el resto de la doctrina que ha estudiado esta cuestión inclinándose por la no admisión del fideicomiso de residuo y por solo aceptar la sustitución pura o fideicomiso ordinario» (RIVAS MARTÍNEZ, 2009, 1483).

MARTÍN MELÉNDEZ por su parte se planteaba: «¿cabría que el causante estableciera un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta? (...) En nuestra opinión, esta posibilidad no es admisible cuando la sustitución grava la legítima estricta, ya que ello supondría poder privar de forma definitiva a los legitimarios de su legítima, vulnerándose así el principio de intangibilidad cuantitativa de esta, no solo el de intangibilidad cualitativa. A favor de esta postura se ha alegado que de admitir el fideicomiso de residuo en nuestro caso, estaríamos ante una causa de desheredación no recogida expresamente por la Ley (art. 848 y sigs. CC), desheredación que, además, hay que destacar que quedaría en manos del fiduciario, no solo del testador» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, 115-116).

NANCLARES VALLE expuso: «Entiendo que no cabe que el fiduciario incapacitado (por sí mismo con el complemento de capacidad del curador o por medio de sus representantes legales) disponga libremente de los bienes fideicomitados, ni tan siquiera cuando con ello se persiga hacer frente a sus necesidades vitales» (NANCLARES VALLE, 2011, 115).

Por su parte, GALICIA AIZPURÚA indicó que «aunque el fideicomiso de residuo sea una modalidad de sustitución fideicomisaria, la naturaleza excepcional que el artículo 782 muestra frente al principio general sentado por el artículo 813 lleva a entender que el testador no puede gravar con esta modalidad el tercio de legítima estricta, ya que si al

fiduciario le fuese posible disponer (a través de su representante) de los bienes fideicomitidos, los legitimarios sufrirían, antes que un mero retardo en el disfrute de su cuota legal, una verdadera pérdida de la misma» (GALICIA AIZPURÚA, 2013, 5727).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ se limitó a exponer «Entendemos que tampoco es admisible la posibilidad de que el fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta de los fideicomisarios se configure como un fideicomiso de residuo» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, 910).

Igualmente, GIL MEMBRADO recogía que «siendo como es una excepción, parece más conveniente decantarse por una interpretación restrictiva que no abarque el fideicomiso de residuo, por el riesgo que conlleva para el fideicomisario, ya que como hemos apuntado podría ver vaciado su derecho si el fiduciario dispone de la total cantidad de bienes fideicomitidos» (GIL MEMBRADO, 2014, 118).

⁹ Así, la primera fue DÍAZ ALABART quien, aun apostando por lo contrario, no descartaba tal posibilidad dado que el legislador no había puesto límites respecto al tipo de sustitución fideicomisaria que podía gravar la legítima estricta, cuando expresó 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 del 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 del Código Civil pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admita 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 colegitimarios 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» (DÍAZ ALABART, 2.004, 1050).

Posteriormente PEREÑA VICENTE sí consideró posible dicho gravamen sin ningún género de dudas al exponer 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, esperamos, logre resolver más problemas de los que puede plantear» (PEREÑA VICENTE, 2007, 2).

O, también, CÁMARA LAPUENTE, cuando afirmó 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» (CÁMARA LAPUENTE, 2010, 726).

¹⁰ RJ 2008, 7696.

¹¹ Así lo refleja, entre otras, la sentencia de 25 de mayo de 1.971, mediante la cual el Alto Tribunal confirma 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».

¹² RJ 1987, 6042.

¹³ RJ 2009, 3278.

¹⁴ RJ 2008, 7696.

¹⁵ Hoy en día parece casi unánime la opinión doctrinal en tal sentido, como, por ejemplo, DOMÍNGUEZ LUELMO cuando recoge al respecto que *«dando una vuelta más de tuerca, se podría posibilitar claramente la atribución a los hijos discapacitados de la legítima estricta de los demás hijos y descendientes. Y en tales casos, salvo disposición en contra del testador, lo recibido por el hijo beneficiado quedaría gravado con una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta. Cabría discutir si se permite o no, y en qué medida, al hijo discapacitado disponer de tales bienes, pero lo cierto es que un interés considerado como más digno de protección posibilita lisa y llanamente que el testador pueda llegar a privar de su legítima a los demás hijos»* (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2020, 12 y 13).

CABEZUELO ARENAS escribe que *«La primera consiste en constituir un fideicomiso de residuo si aliquid supererit. Esto implicaría que los hijos fideicomisarios expuestos quedasen a no recibir nada, pues ninguna obligación se impone al fiduciario de conservar para ellos un resto o sobrante si hiciera uso de sus facultades dispositivas»* (CABEZUELO ARENAS, 2021, 6).

De la misma forma lo interpreta PÉREZ RAMOS, cuando argumenta que *«Frente al régimen anterior, que se limitaba a permitir imponer una sustitución fideicomisaria, ahora se hace referencias expresamente al fideicomiso de residuo lo que implica que se aumente mucho su contenido ya que en la sustitución fideicomisaria el fiduciario se limita a disfrutar los bienes, esto es poseerlos y poder obtener sus frutos, pero no podía consumirlos —salvo que fueran de cosa consumible como el dinero— ni enajenarlos aunque ello le permitiera obtener una remuneración con la que sufragar sus gastos. Además la posibilidad de enajenar los bienes y de consumir la remuneración puede conllevar una reducción del importe de las legítimas de los coherederos forzosos con lo que se está atacando no solo la intangibilidad cualitativa sino también cuantitativa; más aún, se está atacando por primera vez, puesto que aunque había casos de posibles excepciones a la intangibilidad cualitativa como el usufructo del cónyuge viudo, el artículo 831 del Código Civil nunca había regulado una excepción a la intangibilidad cuantitativa»* (PÉREZ RAMOS, 2021, 46).

MARÍN CALERO, quien expresa que *«por otro lado, y quizá es el asunto principal, la reforma actual transforma radicalmente el régimen de tal sustitución fideicomisaria, que de no tener adjetivos pasa a ser «de residuo» (una categoría no legal, sino doctrinal, y como he dicho al tratar del testamento otorgado «en nombre de» la propia persona con discapacidad es una figura muy controvertida en sus perfiles técnicos, de modo que el fiduciario podría gastar o consumir incluso los bienes que sus hermanos hayan recibido en pago de su legítima estricta, quienes no tienen asegurado que recibirán alguna vez su derecho; por lo tanto, algo muchísimo más gravoso que lo dispuesto en el régimen anterior, en el que solo había una dilación en el tiempo, pero los demás hijos tenían asegurado recibir su parte, en algún momento. El nuevo límite está en que —salvo disposición en contrario del testador— el fiduciario no tendrá permitidas las disposiciones gratuitas y las mortis causa (como por otro lado es lo usual en la sustitución de residuo)»* (MARÍN CALERO, 2022, 187).

Por su parte, MARTÍN SANTISTEBAN expone que *«En la actualidad, la posibilidad de constituir un fideicomiso de residuo queda confirmada por la nueva redacción del artículo 808 del Código Civil, que además atribuye a dicho fideicomiso, en su modalidad si aliquid supererit (si queda algo), el carácter de institución por defecto cuando el testador no haya dispuesto otra cosa»* (MARTÍN SANTISTEBAN, 2022, 8); para afirmar en otra parte de su trabajo que *«en aquellos casos en que el testador quiera proteger a un legitimario que se encuentra en una situación de discapacidad, instituyéndolo heredero de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad, pero sin disponer nada de forma expresa, se entenderá que ha instituido un fideicomiso de residuo que faculta al fiduciario a disponer de todos los bienes que gravan la legítima, inter vivos y a título oneroso, y sin*

necesidad de que se dé situación de necesidad alguna por parte del fiduciario» (MARTÍN SANTISTEBAN, 2022, 147).

Mientras que CARRIÓN OLMOS afirma que, «Al fiduciario se le faculta para disponer solo inter vivos y a título oneroso. Este es literalmente el alcance del párrafo cuarto, inciso final, del 808 en su nueva redacción. Los bienes de los que el fiduciario no hubiese dispuesto («el residuo») pasarán (a la muerte de este) a aquellos que «hubieren visto afectada su legítima estricta». Con todo, como es sabido, el llamado fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades (si *quid supererit*, «si queda algo»; y de *eo quod supererit* «de aquello que deba quedar»). Parece claro que la opción legislativa lo ha sido por la primera de las modalidades («si queda algo»), puesto que, si bien el «hijo beneficiado» no podrá disponer de los bienes «ni a título gratuito ni por acto mortis causa», es claro que podrá hacerlo a título oneroso. Y, previsiblemente, deberá hacerlo a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra, lo cual obliga a concluir que la premisa a tener en cuenta no es la de «bienes que deban quedar», sino la de «si quedan bienes», estos pasarían a los que hubieren visto afectada su legítima» (CARRIÓN OLMOS, 2022, 3025).

¹⁶ En palabras de CARRASCO PERERA, «La legítima es una institución a suprimir (...). La legítima sucesoria tuvo sentido acaso en sociedades patrimoniales cerradas en las que la riqueza de las generaciones se sustenta en la continuada posesión de bienes tangibles, preferentemente raíces. Tuvo sentido cuando la expectativa de vida era baja o muy baja, abandonando a su suerte a una prole menor de edad, pero no la tiene hoy cuando en los casos ordinarios la expectativa de vida es tal que los hijos del causante ya están dentro o por llegar a la tercera edad cuando sus padres fallecen, y han tenido tiempo y ocasión para construir sus vidas al margen de las expectativas sucesorias» (CARRASCO PERERA, 2014).

Coincido con GOMÁ LANZÓN cuando al apoyar una mayor libertad de testar en nuestro sistema defiende que «carece hoy de sentido el mantenimiento de unas legítimas tan fuertes que no corresponden a la realidad de la familia actual. Es más, están en contra de uno de los valores hoy predominantes en la sociedad, como es el de la libertad. No corresponde a este valor una institución que limita tanto la capacidad de disponer de aquello que pertenece legítimamente al ciudadano; contraría la tendencia a la individuación y al desarrollo personal, sin que los intereses que presuntamente protegen tengan hoy la importancia de antaño. No parece coherente que hoy quepa el matrimonio homosexual, se hable de la maternidad subrogada, o la adopción internacional, exista la libertad absoluta de unión y el divorcio en tres meses, pero no pueda hoy un testador dejar su empresa a quien considere que va a mantener la unidad de la misma o sencillamente favorecer a la persona, hijo o no, con quien mantiene mejores vínculos afectivos o considere que lo necesita, económicamente, por padecer discapacidad o por cualquier otro motivo. Creo, además, que esta libertad de testar no iría en contra de la familia —al menos de la familia como se concibe hoy— sino todo lo contrario» (GOMÁ LANZÓN, 2019, 74).

También MARÍN CALERO expresó que «hay muchos autores defensores de la idea de eliminar por completo las legítimas de nuestro ordenamiento; (...) pero aún hay muchos más que propugnan esta supresión cuando hay descendientes discapacitados. Se parte de la base de que todos los padres con hijos con discapacidad desean compensar la desventaja comparativa que estos hijos van a tener necesariamente en relación con sus hermanos» (MARÍN CALERO, 2005, 108).

El mismo autor hace escasos meses volvía a afirmar que «una de las medidas más constantes, la más importante de cuantas he conocido a favor de personas con discapacidad, en particular en el mismo sentido que yo me refiero a ellas en este estudio, esto es, en cuanto que hijos con discapacidad que podrían, que esperan recibir una herencia, ha sido y yo creo que sigue siendo la de o bien derogar las legítimas sucesorias —al menos, las de los descendientes— o bien atribuir solo a ese hijo toda la porción de la legítima de la herencia. Como una especie de compensación por sus propias dificultades de vida, así como por la convicción de que ese hijo necesitará de la herencia, de sus bienes, mucho más que

sus hermanos. Y siempre en el bien entendido de que lo que conviene a una persona con discapacidad es disponer de una reserva de bienes con los que hacer frente a sus necesidades, un acopio mayor que el de otra persona sin su hándicap.

(...) *En tal situación* (se refiere el autor a la de un hijo con discapacidad que sobrevive a los padres y que apenas tiene relación con los hermanos), *los juristas profesionales —los notarios muy especialmente, entendiendo que la mejor respuesta, como digo, era dejarles todos los bienes, renegaban del «anticuado» e insensible sistema de legítimas, un sistema de otros tiempos, propio de sociedades de base económica agrícola, en su mayor parte, por lo que habría perdido su sentido en unos tiempos en los que la verdadera herencia que los padres dejan a sus hijos son sus estudios, sacrificándose hasta el extremo para poder costeárselos, porque con ellos podrían alcanzar una buena vida, generalmente, mejor que la de sus padres. De modo que el remanente, el que sea, debe quedar reservado para el hijo con discapacidad»* (MARÍN CALERO, 2022, 43 y 44).

RIPOLL SOLER, en la misma línea, contaba que *«un testamento que siempre tiene un carácter especial o una nota diferenciadora es el de los padres de un discapaz. Muchas veces son los padres los que tienen la preocupación de que no falten recursos al hijo cuando ellos no estén y ya no puedan velar por él; [...] Antes de la reforma del Código Civil con ocasión de la Ley 41/2.003, el notario advertía desolado la decepción de esos padres y hermanos cuando se les informaba sobre las limitaciones legitimarias»* (RIPOLL SOLER, 2005, 823).

También LEÑA FERNÁNDEZ expresó que *«ha quedado dicho que, en materia sucesoria, la Ley que comentamos camina en dos direcciones: la primera es la de dar un primer golpe de piqueta en una barrera jurídica, hoy tan trasnochada, entorpecedora, absurda e injusta (¿qué tiene que ver la economía y la familia actual con la de finales del XIX?) como es la imposición legitimaria de nuestro Código Civil, sobre todo cuando esa barrera afecta de modo sustancial a la igualdad de oportunidades en materia patrimonial del discapaz en relación con el capaz»* (LEÑA FERNANDEZ, 2005, 186).

¹⁷ En este sentido CARRIÓN OLMOS argumenta que *«El papel que juega, entonces el artículo 808 es el de complementar el mensaje legislativo contenido básicamente (como se ha dicho) en el 782, en cuanto precisa que, salvo disposición contraria del testador, esa sustitución fideicomisaria lo será de residuo «a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta». Se trata de una especificación de la naturaleza misma que esa sustitución podrá adoptar, a salvo la voluntad en contrario del testador, el cual obviamente podrá, si así lo desea, proceder al establecimiento de la sustitución fideicomisaria, disponiendo sin embargo que aquella sea ordinaria y no de residuo. En definitiva, soberano es el testador en cuanto al establecimiento de la sustitución, y soberano lo es asimismo para, estableciéndola, disponer que no lo sea de residuo. Modalidad esta «agravada» de sustitución fideicomisaria para los restantes legitimarios, pero sin duda mucho más favorable para el legitimario hijo en situación de discapacidad.*

Asimismo, y en cuanto a ese papel complementario que el 808 desempeña respecto del 782, no cabe duda alguna que el inciso «el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios» (art. 808, párrafo cuarto) hay que referirlo al posible establecimiento de una sustitución fideicomisaria, limitándose el 808 a configurar como de residuo la sustitución fideicomisaria que, en su caso, hubiere establecido el testador (a salvo, disposición contraria del mismo)» (CARRIÓN OLMOS, 2021, 2).

Por su parte, PÉREZ RAMOS tras cuestionarse cómo debe interpretarse la expresión «salvo disposición contraria del testador» recoge dos posibilidades, una de interpretación amplia y restringida, para acabar apostando por esta última cuando expresa: *«¿Cómo interpretar la expresión «salvo disposición contraria del testador»? Dos son las posibilidades:*

a) *El testador podrá ampliar el fideicomiso de residuo, puesto que así resulta del tenor del precepto y de que el mismo se dispone en beneficio de la persona con discapacidad y por ello debe interpretarse ampliamente.*

b) *Lo máximo que puede ordenar el testador es un fideicomiso de residuo limitado a los actos a título oneroso, por lo que puede ordenar un fideicomiso de residuo más restringido, por ejemplo, no permitiendo todos los actos onerosos sino alguno de ellos (como por ejemplo,*

solo vender o hipotecar), o limitado a parte de los bienes fideicomitidos y no a todos ellos. Esta creo que es la interpretación correcta puesto que es la más respetuosa con el respeto a las legítimas sin traicionar el tenor literal del precepto, y además que el testador pudiera ampliar el fideicomiso de residuo no implicaría mejorar la posición del fiduciario discapaz puesto que no se entiende en que puede beneficiar a su protección económica el que pueda disponer a título gratuito» (PÉREZ RAMOS, 2021, 46).

También CERVILLA GARZÓN, quien primero apuesta por la sustitución fideicomisaria en sus dos modalidades como único posible gravamen sobre la legítima estricta afirmando «Pero es quizás la mención del fideicomiso de residuo (nombrado por primera vez en el articulado del CC) la novedad más original de la ley. Efectivamente, el legislador establece que, si el testador no especifica la modalidad de sustitución fideicomisaria por la que opta, se considera que esta es de la modalidad de residuo, limitada a la disposición onerosa inter vivos. Una presunción iuris tantum «en toda regla» que solo se destruye con la voluntad expresa (y no tácita) del testador; pues no olvidemos que las sustituciones fideicomisarias, sean del tipo que sean, deben constituirse de forma explícita por el testador»; para, acto seguido recoger que «No comparto, en modo alguno, la tesis de BOTELLO HERMOSA, que interpreta «salvo disposición contraria del testador», del artículo 808 del Código Civil de forma amplia y descontextualizada, estimando que dicha frase legitima al testador a disponer cualquier forma de gravamen sobre la legítima estricta, incluida su atribución en pleno dominio al discapaz» (CERVILLA GARZÓN, 2021, 698).

Mientras que ESPEJO LERDO DE TEJADA afirma: «Hay, finalmente, una importante novedad cuyo alcance es difícil de interpretar: a tenor de la propuesta, la figura del fideicomiso no sería la única posibilidad con la que el testador puede disponer o gravar la legítima estricta de los descendientes no discapacitados, ya que el proyecto prevé una redacción del artículo 808 del Código Civil en que el fideicomiso existe «salvo disposición contraria del testador». No podemos estar de acuerdo con la idea de que esto supone la posibilidad de que el testador pueda disponer a favor de los discapacitados del tercio de legítima estricta sin ningún límite, o de que también pueda el testador autorizar al discapacitado que realiza sobre esos bienes atribuidos en fideicomiso los actos dispositivos inter vivos gratuitos o mortis causa que desee, por una razón sistemática de primer orden: el artículo 813 del Código Civil sigue considerando que lo posible en esta materia es el gravamen de la legítima, no la privación absoluta a voluntad del causante o del discapacitado, como supondrían, en cambio, estas otras formas de articular las necesidades del discapacitado» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, 77 y 78).

¹⁸ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2884>

¹⁹ <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=02002.px>

²⁰ Concretamente el 932 del Código Civil recoge que «Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales», mientras que el 933 recoge que «Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre estos por partes iguales».

²¹ <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=02002.px>

²² <https://www.bancomundial.org/es/topic/disability>.

²³ Es decir, que si por ejemplo mi padre decide recoger en su testamento que quiere que la legítima estricta vaya a parar a mi hijo, que tiene una discapacidad psíquica del 50%, pero no es legitimario porque yo estoy vivo, en ese caso el resto de legitimarios sí podremos impugnar la decisión de mi padre en base al párrafo quinto del 808, ya que se estará privando de su legítima estricta a los legitimarios y no se estará favoreciendo con ello a un legitimario con discapacidad (el legitimario soy yo, no mi hijo). O, un caso diferente, en el que también podrá invocarse el párrafo quinto del 808 sería, por ejemplo, si el descendiente legitimario con discapacidad que el testador quiso proteger con la legítima estricta tenía una discapacidad física del 65% cuando se hizo el testamento, pero años después cuando el testador fallece la discapacidad se ha reducido a un 60%. En tal

supuesto, el descendiente legitimario no cumple el grado de discapacidad exigido en el del Código Civil para poder favorecerse con la legítima estricta. O, un último ejemplo, si ha dispuesto de mi legítima estricta porque cuando hizo el testamento yo no tenía una discapacidad reconocida, pero tras su fallecimiento yo también soy una persona con discapacidad según el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, por lo no podré ser perjudicado en mi legítima estricta, ya que solo pueden serlo los legitimarios sin discapacidad.

(Trabajo recibido el 30 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de octubre de 2022)