

## MOTIVOS JURÍDICOS PARA CUESTIONARNOS SI EL TESTADOR PUEDE DEJARLE TODA LA LEGÍTIMA ESTRICTA A UN DESCENDIENTE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD<sup>1</sup>

LEGAL REASONS TO QUESTION WHETHER THE TESTER CAN  
LEAVE ALL STRICT LEGITIMATENESS TO HIS LEGITIMATE  
DESCENDANT WITH A DISABILITY

Pedro Botello Hermosa

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado a Profesor Titular).  
Universidad de Sevilla.

**Sumario:** *I. Introducción. II. Motivos jurídicos que ofrece la ley 8/2021 para interpretar la reforma sobre la legítima estricta en el sentido más amplio posible. II.A El testador «podrá disponer» de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad introducido en el artículo 808. II.B Las personas con discapacidad como nuevo colectivo al que puede protegerse con la legítima estricta tras la reforma. II.C. La implementación de la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta en contra del pensamiento doctrinal conservador.*

---

<sup>1</sup> 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<sup>a</sup> 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 Goñi Urriza.

*II.C.1. ¿Qué tipo de sustitución fideicomisaria de residuo puede fijarse sobre la legítima estricta? III. Motivo jurídico que existe fuera de la Ley 8/2021: En Navarra, País Vasco y Aragón los testadores pueden disponer de toda la legítima en favor de cualquiera de sus descendientes. IV. Conclusiones.*

**Resumen:** Tras la reforma de la Ley 8/2021, la literalidad del nuevo párrafo cuarto del artículo 808 del Código civil parece facultar al testador a disponer del tercio de legítima estricta en favor del descendiente legitimario con discapacidad, al exponer 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*».

Con esta redacción casi idéntica a la facultad de disponer del testador en cuanto al tercio de mejora, podemos cuestionarnos, ¿puede entonces el testador disponer de la legítima estricta tal y como puede hacerlo de la mejora en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad?

Al fin y al cabo, en Aragón, Navarra y el País Vasco los testadores pueden dejarle toda la legítima a cualquiera de sus descendientes sin necesidad de que tenga ninguna discapacidad reconocida, y sin el que el resto de legitimarios pueda oponerse a ello.

¿Por qué no van a poder entonces hacer lo mismo los testadores sujetos al Derecho común cuando quieran proteger con toda la legítima a sus descendientes legitimarios con discapacidad, si, tal y como veremos, existen motivos jurídicos que invitan a ello con la nueva redacción del artículo 808?

**Palabras clave:** Ley 8/2021. Discapacidad. Legítima. Reforma. Tangibilidad. Sustitución fideicomisaria.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores desafíos jurídicos con los que podemos encontrarnos actualmente en el campo del Derecho sucesorio, y que preocupa y afecta gravemente a nuestra sociedad, es el de la falta de libertad de testar de los españoles.

Precisamente por ello, el Ministerio de Justicia encomendó a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, a través de la orden de 4 de febrero de 2019, el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar para que se analice,

separadamente, lo que se considere favorable y adverso al régimen sucesorio de legítimas y al régimen sucesorio de libertad de testar, porque, como bien recoge el punto 3 de la orden, *«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».*

Y es que, como bien afirma ROCA TRÍAS<sup>2</sup>, *«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».*

Ante la falta de elaboración del estudio referido por parte de la Comisión, el legislador, a través de 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 adelante Ley 8/2021), implementó una profunda reforma en el siste-

---

<sup>2</sup> ROCA TRÍAS, E. «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, págs. 43 y 44.

ma de legítimas que, dependiendo de cómo se interprete, puede llegar incluso a permitir su supresión, eso sí, solo y exclusivamente en aras de la protección de un descendiente legitimario con discapacidad.

Pero, si la falta de libertad de testar preocupa a los españoles cuando son conscientes de que no pueden disponer en testamento libremente de sus bienes, la cosa se complica mucho más cuando el descendiente al que no se puede proteger con toda la herencia es uno con discapacidad. Y es que, tal y como puso de manifiesto el Banco Mundial en su informe publicado el 21 de marzo de 2021, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos adversos que aquellas que no tienen discapacidad, y cuentan con menos oportunidades de formación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza. Por tanto, estas personas necesitan que se legisle en su favor, y precisamente por ello cuentan con varias medidas especiales de protección (por ejemplo, en el ámbito laboral, o fiscal) de las personas que no tengan ninguna discapacidad reconocida.

Precisamente MARÍN CALERO<sup>3</sup>, notario, y como tal, gran conocedor de las últimas voluntades de muchos testadores, expresaba el año pasado 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*

---

<sup>3</sup> MARÍN CALERO, C. *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022, págs. 43 y 44.

*tiempos en los que la verdadera herencia que los padres dejan a sus hijos son sus estudios, sacrificándose hasta el extremo para poder costearlos, 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».*

Pues bien, el objeto del presente trabajo es el estudio de una de esas medidas especiales que recae sobre el ámbito sucesorio, como es la posibilidad de que los testadores que tengan descendientes legitimarios con discapacidad puedan dejarles toda la herencia, tras la reforma que la Ley 8/2021 ha hecho del artículo 808 del C.c., en concreto de su nuevo párrafo cuarto.

Esta posibilidad, tan temida y denostada por la mayoría de la doctrina, de que un descendiente con discapacidad pudiese verse favorecido con toda la herencia del causante en perjuicio del resto de legitimarios, aunque ésta sea la voluntad del testador, es algo que ya ocurre en Aragón, País Vasco y Navarra, a favor de cualquier descendiente. Es decir, que en dichas regiones forales no se requiere que el descendiente beneficiado con toda la herencia tenga reconocida ninguna discapacidad, ni ostente la condición de legitimario, motivo por el cual, reitero, cualquier descendiente elegido por el causante puede beneficiarse con toda su herencia sin que sus legitimarios puedan oponerse a ello.

¿Tan alarmante sería entonces que en las regiones en las que rige el Derecho común, los testadores pudiesen dejarle toda la herencia exclusivamente a los descendientes con discapacidad, si existen ya más de cuatro millones de españoles (vascos, aragoneses y navarros) que pueden dejarle toda su herencia a cualquier descendiente?

Si interpretando con una visión amplia la literalidad del nuevo párrafo cuarto del 808 para permitir tal posibilidad, ¿por qué seguir oponiéndonos a ello?

## II. MOTIVOS JURÍDICOS QUE OFRECE LA LEY 8/2021 PARA INTERPRETAR LA REFORMA SOBRE LA LEGÍTIMA ESTRICTA EN EL SENTIDO MÁS AMPLIO POSIBLE

Para comprender el alcance de la reforma de la Ley 8/2021 sobre el artículo 808 del C.c., nada mejor que comparar su redacción anterior, otorgada por la Ley 41/2003, con la actual.

Con la redacción de la Ley 41/2003 se permitió, por primera vez, en nuestro Derecho sucesorio, el gravamen directo de la legítima es-

tricta en beneficio de los descendientes incapacitados judicialmente, y en perjuicio del resto de legitimarios, al otorgarse la siguiente literalidad al tercer párrafo del artículo 808 del C.c.:

«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».

Sin embargo, el legislador de 2021, queriendo dar un paso más a la hora de proteger a las personas con discapacidad, y sin importarle atacar para ello la intangibilidad de la legítima estricta, decidió suprimir la redacción dada en 2003 al artículo 808 e incluir una nueva, concretamente mediante un nuevo párrafo cuarto (antes era el tercero), el cual expresa hoy que:

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

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

1.<sup>a</sup>—Con la redacción anterior se excluía expresamente a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios de la legítima estricta a través de la sustitución fideicomisaria, limitándose su alcance únicamente a favor de las personas incapacitadas judicialmente.

En la actualidad, en cambio, ocurre justo lo contrario, es decir, ya no son las personas incapacitadas (hoy denominadas en el C.c. personas con discapacidad con curatela representativa) las que pueden protegerse con la legítima estricta por parte del testador, sino que a partir de la Ley 8/2021 son precisamente las personas con discapacidad las que pueden hacerlo, o, lo que es lo mismo, aquellas personas antes tenían prohibido beneficiarse con la legítima estricta son las que ahora pueden hacerlo: las personas con discapacidad.

2.<sup>a</sup> —Tras la Ley 41/2003, el párrafo dedicado al gravamen de la legítima estricta en beneficio de los descendientes incapacitados solo estaba compuesto por una oración, en la que se recogía la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible sobre la legítima estricta.

Hoy en día con la redacción otorgada por la Ley 8/2021, el mismo párrafo está compuesto por dos oraciones separadas por un punto y seguido, y mientras que en la primera oración 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 operará siempre y cuando no haya disposición contraria del testador.

Es decir, no solo aparece ya la sustitución fideicomisaria como medio de gravamen de la legítima estricta, sino que ahora, en primer lugar, se faculta al testador a «disponer» de ella, y, solo después de otorgarle dicha facultad, aparece como segunda posibilidad la de gravar dicho tercio, salvo disposición en contrario del testador, con una sustitución fideicomisaria de residuo.

3.<sup>a</sup> —Desde la entrada en vigor de la norma de 2003, el artículo 808 hacía referencia a la sustitución fideicomisaria sin especificar su modalidad, mientras que el artículo actual se fija 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 es el de disponer gratuitamente o *mortis causa*.

En definitiva, y siguiendo el orden en el que los vamos a estudiar a continuación, podemos destacar tres hechos concretos que acreditan la clara intención aperturista en la reforma de la legítima estricta en la Ley 8/2021, como son:

1.<sup>o</sup>—Que se recoge por primera vez la facultad de disponer, sin ningún límite, de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, para proteger con ella al descendiente legitimario con discapacidad.

Es decir, se faculta al testador a «disponer» de la legítima estricta, tal y como faculta dos párrafos antes el mismo artículo a «disponer» de la mejora.

2.<sup>o</sup>—Se aumenta de forma exponencial el número de personas a las que se puede proteger con la legítima estricta, ya que antes solo se podía beneficiar a un colectivo de personas mucho más reducido (las personas con discapacidad con curatela representativa), mientras que hoy se pueden beneficiar con ella a las personas con discapacidad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Eso sí, no basta cualquier discapacidad para poder ser beneficiado con la legítima estricta por el testador, sino que tal y como veremos solo pueden beneficiarse aquellas personas que define el artículo 2.2 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%, así como las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre,

3.º—La Ley 8/2021 implementa por primera vez en nuestro C.c. una institución que hasta entonces no se contemplaba en dicha norma, como es la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual recae sobre la legítima estricta y faculta al fiduciario con discapacidad a disponer onerosamente de todos los bienes que la componen.

## **II.A. El testador «podrá disponer» de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad introducido en el artículo 808**

Tal vez para disipar la desolación a la que se enfrentaban los testadores españoles cuando acudían a los notarios para hacer testamento con intención de proteger con toda su herencia a su hijo con discapacidad y se daban cuenta que no podían hacerlo, el legislador de 2021 otorgó un nuevo párrafo cuarto al artículo 808 del C.c., en cuya primera oración se faculta al testador a «disponer» de la legítima estricta tal y como puede hacerlo con la mejora, al menos literalmente.

Cuando los profesores de Derecho Civil explicamos el tercio de mejora como parte de la legítima de los descendientes, argumentamos que el testador decidirá libremente como la distribuye entre sus descendientes, sin que los legitimarios puedan oponerse a ello, ya que el artículo 808 del Código civil, dedicado a regular la legítima de los hijos y descendientes, recoge en su párrafo segundo que los progenitores «*podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes*».

Nadie duda que el «podrán disponer» del 808, párrafo segundo, faculta a los testadores a decidir libremente cómo reparte la mejora entre sus descendientes, o, lo que es lo mismo, el testador puede decidir libremente a qué descendiente le deja todo el tercio de mejora, sin que el resto de legitimarios pueda oponerse legalmente a ello.

Pues bien, dos párrafos después, en el cuarto, el mismo artículo 808 establece en una primera oración 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*».

¿Por qué el «podrán disponer» de la legítima estricta que ha implementado el legislador de 2021 no debe tener el mismo alcance que el «podrán disponer» de la mejora?

---

de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La literalidad del 808 tras la Ley 41/2003 recogía que «*el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta*», mientras que, tras la Ley 8/2021, expone en una primera oración que «*el testador podrá disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad*».

¿Qué pretende el legislador con la nueva redacción? ¿Habrá apostado por primar la protección de los descendientes con discapacidad dando un paso más en la ya innegable tangibilidad de la legítima estricta actual?

Eso sí, el referido párrafo cuarto del 808 no termina con la frase expuesta, sino que, tras un punto y seguido, existe una segunda oración 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*».

Antes de centrarme en el estudio de esta segunda frase del párrafo cuarto del 808 entiendo importante resaltar que en ella el legislador impone límites a la hora de disponer de la legítima estricta mediante la sustitución fideicomisaria de residuo, ya que no permite la disposición a título gratuito ni por acto *mortis causa*, mientras que en la facultad de disponer de la legítima estricta en la primera oración no impone ningún límite. Es decir, que el legislador tuvo claro cuando fijar límites y cuando no, y precisamente, en la primera oración del párrafo cuarto no fijó ningún límite a la facultad de disponer de la legítima estricta, por lo que su intención en la primera oración del párrafo cuarto del 808 parece clara: facultar al testador a disponer sin límites de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, eso sí, exclusivamente en beneficio del descendiente legítimo con discapacidad.

Dicho esto, es casi unánime la doctrina al considerar que, con la segunda oración del párrafo cuarto del 808, se acredita que la sustitución fideicomisaria sigue siendo la única forma de gravar la legítima estricta en beneficio de un descendiente legítimo con discapacidad, por lo que descartan que el testador, en beneficio de su descendiente con discapacidad, pueda disponer de la legítima estricta tal y como puede hacer con la mejora.

¿El motivo? Según la mayoría de autores, de admitirse la posibilidad de disponer libremente al testador de la legítima estricta en beneficio del descendiente con discapacidad, se estaría permitiendo

la desheredación del resto de legitimarios sin discapacidad, lo cual atentaría contra el principio sagrado de la intangibilidad de la legítima estricta.

Personalmente no coincido con tal planteamiento por dos argumentos principalmente:

1.º—En primer lugar, el primer párrafo del artículo 813 del C.c. establece que «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*».

¿Qué nos impide entonces entender, tras la reforma de 2021, que tener un descendiente legitimario con discapacidad es uno de los casos expresamente determinados por la ley, en concreto por el C.c., para privar al resto de legitimarios sin discapacidad de su legítima?

En mi opinión, podríamos considerar 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 estricta, y no por una conducta merecedora de ser desheredados, sino porque beneficiar al descendiente legitimario con discapacidad es una de las causas determinadas por la ley para poder hacerlo.

Por tanto, no nos encontraríamos ante una desheredación no regulada de los legitimarios sin discapacidad, sino ante un supuesto en el que la ley, en concreto el C.c., faculta al testador a dejar sin legítima a los legitimarios sin discapacidad.

De hecho, tal y como veremos en el siguiente apartado, en Aragón la legítima colectiva que permite al testador dejar toda su legítima a cualquiera de sus descendientes, coexiste con las causas de indignidad para suceder (artículo 328), y con las causas de desheredación (artículos 509 y siguientes), lo cual confirma que cuando en dicha región el testador decida favorecer a uno de los legitimarios con toda la legítima no estará desheredando al resto, sino que simplemente les estará privando de su legítima porque el Código le faculta a ello, y sin que los legitimarios que se hayan visto privados de su legítima puedan oponerse.

2.º—Además, si la verdadera voluntad del legislador fue la de continuar con la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible sobre la legítima estricta le hubiese bastado con incluirla en la primera oración del 808 como única forma de disponer posible, con una redacción similar 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 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».

O, manteniendo una única oración en el párrafo, tal y como existía hasta entonces, podría haber quedado una literalidad similar a:

«El testador con descendientes legitimarios con discapacidad, podrá establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria, o de residuo, sobre la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad, no pudiendo nunca el fiduciario disponer de los bienes fideicomitados ni a título gratuito ni por acto mortis causa».

En estas redacciones que acabo de proponer se seguirían incluyendo las importantes reformas introducidas con la literalidad actual (sustitución fideicomisaria de residuo como modalidad de la institución elegida por el legislador, y personas con discapacidad como posibles beneficiarios), y se disiparía cualquier duda respecto a la forma en la que el testador podría establecer de la legítima estricta para proteger al descendiente legitimario con discapacidad: mediante la sustitución fideicomisaria.

Sin embargo, lo cierto es que parece ser que esa no era la intención del legislador de 2021, ya que, a día de hoy, tal y como aparece literalmente en el párrafo cuarto del 808, al testador se le ha facultado en una primera oración a «disponer» de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad, y, en segundo lugar, y en otra oración independiente, es cuando aparece como gravamen supletorio la sustitución fideicomisaria de residuo, pero solo y exclusivamente para aquellos casos en los que el testador «*no haya dispuesto lo contrario*».

Es decir, que la sustitución fideicomisaria adquiere tras la reforma del 808 un carácter supletorio como institución elegida por el legislador para proteger a las personas con discapacidad mediante la legítima estricta, ya que antes de hablar de ella como gravamen, el legislador faculta al testador a disponer de la legítima estricta sin ningún límite para ello, para, a continuación, tras un punto y seguido, hablar de la sustitución fideicomisaria de residuo siempre y cuando no haya disposición en contrario del testador.

Por tanto, si un testador fija hoy en su testamento que dispone de la legítima estricta de sus legitimarios sin discapacidad en beneficio de uno con discapacidad, y establece que aunque conoce la possibili-

dad de que dicha disposición sea mediante sustitución fideicomisaria de residuo, él prefiere que sea en pleno dominio, tal y como hace con la mejora, podríamos decir que el testador ha usado la disposición en contrario del segundo párrafo, para acogerse a la libertad de disponer de la que se habla en el primero, y descartando con ello la sustitución fideicomisaria de residuo como forma de disponer.

En palabras de Verdera Server<sup>5</sup>, «*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».*

En la misma línea, Magariños Blanco<sup>6</sup> reconocía recientemente que «*En los últimos años se ha ido creando una corriente doctrinal favorable a la libertad. Sobre todo, entre los juristas que tienen que resolver los problemas reales. De manera especial los Notarios, ante los cuales se otorgan la práctica totalidad de los testamentos. Una gran mayoría ha puesto de relieve la falta de fundamento de la restricción legitimaria».*

Dicho esto, no podemos obviar que, como bien apunta Ripoll Soler<sup>7</sup>, «*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; [...]el Notario advertía desolado la decepción de esos padres y hermanos cuando se les informaba sobre las limitaciones legitimarias».*

En definitiva, parece evidente que una interpretación amplia del párrafo cuarto nos lleva a defender que en la actualidad los testadores con descendientes con discapacidad podrían disponer en su favor de la legítima estricta, ya que, si nos detenemos a pensar, ¿qué sentido tiene que hoy en día se siga prohibiendo a unos progenitores dejarle toda su herencia a un hijo con discapacidad cuando esa su voluntad?

---

<sup>5</sup> VERDERA SERVER, R. *Contra la legítima*. Fundación Notariado, Madrid, 2022, pág. 443.

<sup>6</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V. MAGARIÑOS BLANCO, V. *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*. Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pág. 19.

<sup>7</sup> RIPOLL SOLER, A. La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.C.: Fideicomiso de Residuo. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005, pág. 823.

Además, aunque a este punto dedicaremos el último epígrafe del presente trabajo, no debemos olvidar que los navarros, vascos y aragoneses, disponen de toda su legítima como los sujetos al Derecho común disponemos del tercio de mejora, es decir, que pueden dejarle toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, sin que el resto pueda oponerse a ello. ¿Por qué no permitir, en base a la nueva redacción del 808, que puedan hacer lo mismo los testadores sujetos al Derecho común, sólo y exclusivamente cuando tengan un descendiente legitimario con discapacidad al que quieran beneficiar con toda la herencia?

## **II.B. Las personas con discapacidad como nuevo colectivo al que puede protegerse con la legítima estricta tras la reforma**

Aunque la Ley 41/2003 lleva por título el de protección patrimonial de las personas con discapacidad, por paradójico que pueda resultar, lo cierto es que las personas con discapacidad no podían beneficiarse de una de sus medidas más importantes dentro del ámbito del Derecho sucesorio, como era la sustitución fideicomisaria que podía establecerse en su favor sobre el tercio de legítima estricta, ya que dicho mecanismo de protección sucesorio solo podía constituirse en favor de las personas incapacitadas judicialmente, quedando excluidas literalmente en la norma de tal posibilidad las personas con discapacidad.

En este sentido recogía Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, apartado VII, letra b), que:

«Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. 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 éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley».

Es decir, que las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, que son las que aparecen el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, no podían beneficiarse de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, porque así lo impedía específicamente la propia norma.

Sin embargo, el legislador de 2021, no conforme con ello, pasa a proteger con la reforma precisamente a estas mismas personas con

discapacidad que hasta entonces excluía el C.c., dejando claro en la actualidad la Disposición Adicional Cuarta del C.c., que la discapacidad del artículo 808 que da derecho a beneficiarse de la legítima estricta comprende:

1.º—A aquellas personas que define el artículo 2.2 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% (es decir, que las personas que excluía literalmente la norma de 2003 son las que pueden beneficiarse de la legítima estricta tras la Ley 8/2021).

2.º—A las personas que están en situación de dependencia de grado II o III<sup>8</sup> 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.

¿Cuál puede ser el motivo por el que las personas con discapacidad, vetadas por la Ley 41/2003 a la hora de poder ser protegidas por el testador mediante la legítima estricta, han pasado a ser las nuevas beneficiarias tras la Ley 8/2021?

Puede pensar el lector que la sustitución terminológica de personas incapacitadas por persona con discapacidad como posibles beneficiarios de la legítima estricta fue obligatoria, porque la reforma de la ley 8/2021 sustituyó precisamente el término de incapacitado por el de persona con discapacidad en el nuevo procedimiento de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Sin embargo, lo cierto es que, tras la reforma, las antiguas personas incapacitadas a las que un juez les nombraba un tutor para que les representase en ciertos ámbitos de su vida siguen existiendo en el C.c., aunque con una nueva nomenclatura: personas con discapacidad con curatela representativa.

Así, aunque con carácter excepcional dado que la ley 8/2021 pretende acabar con la representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, siguen existiendo personas a las que se

---

<sup>8</sup> 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.

les nombra un tercero, curador, para que les represente en ciertos ámbitos de su vida, ya que recoge el artículo 269 del C.c. que «*Sólo 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*».

De hecho, el artículo 1732 del C.c. dedicado a regular los modos en los que se acaba el mandato, antes de la ley 8/2021 contemplaba como uno de ellos el de «*la incapacitación sobrevenida del mandante*», y tras la reforma se refiere 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 tanto, respecto al mandato, el legislador de 2021 equiparó la persona incapacitada judicialmente con la persona con curatela representativa, así que, ¿por qué no hizo lo mismo en el 808 a la hora de determinar los posibles beneficiarios de la legítima estricta?

Es decir, ¿por qué no mantuvo una línea continuista y restrictiva, excluyendo a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios de la legítima estricta, y manteniendo como únicos beneficiarios de tal protección sucesoria a las personas con discapacidad con curatela representativa?

¿Acaso no era consciente el legislador de que con la nueva redacción del artículo 808 tras las Ley 8/2021 existen en la actualidad muchos más legitimarios sin discapacidad que pueden verse privados de su legítima estricta, ya que hay muchas más personas con discapacidad que personas con discapacidad con curatela representativa?

La única respuesta posible a dichos interrogantes es que la intención del legislador actual es cumplir con lo que demanda la sociedad del siglo xxi, que es poder disfrutar de una mayor libertad de testar cuando se tiene descendientes con discapacidad a los que se quiere proteger lo máximo posible.

## **II.C. La implementación de la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta en contra del pensamiento doctrinal conservador**

La doctrina conservadora que sigue defendiendo la intangibilidad de la legítima estricta nunca admitiría la posible libertad de testar cuando el testador tenga descendientes legitimarios con discapaci-

dad, porque tal posibilidad implicaría que los legitimarios sin discapacidad se viesen privados de su legítima estricta.

Sin embargo, en mi opinión ya no cabe duda alguna de que tras la Ley 8/2021 los legitimarios sin discapacidad pueden llegar a verse privados de su legítima estricta, y todo ello con independencia de que compartan o no que la facultad de disponer del 808 párrafo cuarto le faculte al testador a dejarle toda la legítima estricta al descendiente con discapacidad.

Me explico. Desde 2021, como mínimo, el testador puede establecer en su testamento una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta en favor de su descendiente legítimo con discapacidad, lo cual supone que lo puede convertir en fiduciario de residuo sobre dicho tercio, pudiendo éste por tanto disponer onerosamente de todos los bienes que componen la legítima estricta, y todo ello porque al fiduciario de residuo en el 808 se le impide disponer de la legítima estricta de forma gratuita y *mortis causa*, pero no se le impide hacerlo de forma onerosa *inter vivos*.

En palabras de Marín Calero<sup>9</sup>, *«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)».*

Mientras que Domínguez Luelmo<sup>10</sup> afirmó 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.*

---

<sup>9</sup> MARÍN CALERO, C. «La herencia...», cit. pág. 187.

<sup>10</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Prólogo. *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el C.c.*, A Coruña: Andavira, 2020, págs. 12 y 13.

*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».*

Para Vivas Tesón<sup>11</sup>, 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.

Sin embargo, el legislador de la Ley 41/2003<sup>12</sup>, aunque introdujo la posibilidad de que se gravase toda la legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria en favor de los descendientes incapacitados judicialmente, no especificó en la redacción del 808 si dicha sustitución fideicomisaria podía ser ordinaria (que impide al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos) o de residuo (que sí faculta al fiduciario a disponer de ellos).

Pues bien, a partir de entonces la opinión de la inmensa mayoría de la doctrina fue siempre la misma: la sustitución fideicomisaria implementada por la Ley 41/2003 no podía ser nunca de residuo, ya que de admitirse tal posibilidad los fiduciarios podrían disponer de la legítima estricta y, por ende, podría implicar que el resto de legitimarios se viesen privados de su legítima estricta, lo cual atentaba contra el principio histórico de la intangibilidad de la legítima estricta.

Así, por ejemplo, en palabras de Albaladejo<sup>13</sup> *«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 par-*

---

<sup>11</sup> VIVAS TESÓN, I. *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica, 2010, pág. 168.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, pág. 43.

*te libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de ésta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado».*

Por su parte, Rivas Martínez<sup>14</sup> manifestó 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.*

*Aceptando 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 art. 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 sólo 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 el 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 sólo aceptar la sustitución pura o fideicomiso ordinario».*

En mi opinión, el legislador de 2021 ha querido disipar cualquier duda al respecto quitándole la razón a los argumentos esgrimidos por la corriente doctrinal conservadora, e implementando literalmente en el contenido del 808 que la sustitución fideicomisaria que puede establecerse en la legítima estricta es de residuo, con idea de que nadie dude ya de ello, o, lo que es lo mismo, entiendo que la intención del legislador actual ha sido apostar por la protección sucesoria de las personas con discapacidad a través de la innegable tangibilidad de la

---

<sup>14</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Madrid, Dykinson, 2009, pág. 1483.

legítima estricta de que la que hoy disfrutaban los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad.

### **II.C.1. ¿Qué tipo de sustitución fideicomisaria de residuo puede fijarse sobre la legítima estricta?**

Una vez confirmado que la redacción actual del 808 permite la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta, toca cuestionarse: ¿qué tipos de sustituciones de residuo existen?

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>15</sup> la sustitución fideicomisaria de residuo puede ser de dos tipos:

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 fideicomitidos, 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 fideicomitida 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 fideicomitidos onerosamente, por lo que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida, y el fideicomisario solo heredará lo que quede o reste de la herencia al fallecimiento del fiduciario.

Incluso, dentro de la modalidad *si aliquid supererit* se permite que el fiduciario pueda disponer de los bienes de forma gratuita, si bien para ello lo ha debido reflejar así expresamente el testador en el testamento.

---

<sup>15</sup> 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 sólo 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 aquél (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar*».

Eso sí, 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 fideicomitidos sin ningún límite, es decir, que pueda disponer tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en cuyo caso no nos encontraremos ante una sustitución fideicomisaria de residuo como tal, sino ante una institución diferente: la sustitución preventiva de residuo.

Así se desprende del contenido de la sentencia de 2 de septiembre de 1987 del Tribunal Supremo, que estableció con claridad, la diferencia entre la sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* y la sustitución preventiva de residuo, al fijar que «*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, nuestro Alto Tribunal vuelve a reconocer en su de 12 de febrero de 2002, que «*en el fideicomiso (rectius sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición inter vivos (si incluye también la disposición mortis causa se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario*».

En la misma línea, la sentencia del Tribunal superior de justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2009 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 fideicomitidos 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 C.c. de Cataluña relativo a las sucesiones, sección titulada «*El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo*».

Una vez explicado los tipos de sustituciones fideicomisarias de residuo, y sus diferencias con la sustitución preventiva de residuo, toca preguntarse: ¿qué modalidad podrá establecer el testador sobre la legítima estricta en base a la literalidad del 808 para proteger al descendiente legitimario con discapacidad?

En mi opinión, y siendo coherente con el argumento del punto anterior en el que defendía que el testador podía disponer de la legítima estricta incluso de la misma forma que de la mejora, quien puede lo más puede lo menos, así que considero que el testador podrá establecer cualquier tipo de institución, y, por ello, podrá fijar tanto una sustitución fideicomisaria ordinaria, como la de residuo en cualquiera de sus dos modalidades, o, incluso, fijar una sustitución preventiva de residuo, ya que el legislador se ha encargado de dejar claro con la literalidad del 808 que, por defecto, rige la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* sin límites a la hora de disponer el fiduciario de forma onerosa, si bien, esto será así siempre y cuando no haya una «*disposición contraria del testador*».

Pero, ¿qué puede disponer en contrario el testador?

Precisamente el artículo 783 del C.c., donde se regula la validez de la sustitución fideicomisaria, establece su segundo párrafo que «*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*».

En este caso, la disposición en contrario del testador implica que se acaba permitiendo lo que en principio prohíbe el artículo, ya que dice que no podrá el fiduciario disponer de los bienes, salvo disposición en contrario del testador, y sabemos que si el testador hace una disposición en contrario apostando por la institución de residuo sí podrá entonces el fiduciario disponer de los bienes.

Extrapolándolo al 808 actual podemos entender que el gravamen de la legítima estricta será mediante la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* limitada a no disponer ni de forma gratuita ni *mortis causa*, salvo disposición en contrario del testador en la que precisamente permita eso que por defecto se prohíbe, tal y como ocurre con el artículo 783 del C.c., o, dicho de otra forma, con la disposi-

ción en contrario el testador puede facultar al fiduciario a disponer de forma gratuita e incluso *mortis causa*.

Dicho esto, 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* que faculta al fiduciario a disponer onerosamente de todos los bienes (pero no gratuitamente ni *mortis causa* porque para eso se necesita disposición expresa del testador en tal sentido), pudiendo incluso dejar sin legítima estricta al resto de legitimarios sin discapacidad.

Así lo interpretan algunos autores, como Cabezuelo Arenas<sup>16</sup>, cuando expone 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*».

Por su parte, Martín Santisteban<sup>17</sup> considera que «*En la actualidad, la posibilidad de constituir un fideicomiso de residuo queda confirmada por la nueva redacción del artículo 808CC., 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*», 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*».

O, en la misma línea Platero Alarcón<sup>18</sup>, quien considera que «*En este sentido, de la lectura del precepto analizado, no se desprenden límites objetivos a la capacidad del derecho de disposición de los actos inter vivos que puede realizar el citado fiduciario, siempre que sean de carácter oneroso, claro está, pero aún así, existen expertos en la materia*

---

<sup>16</sup> CABEZUELO ARENAS, A. «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021, pág. 6.

<sup>17</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, S. Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57, 2022, pág. 8 y pág. 147.

<sup>18</sup> PLATERO ALARCÓN, A. *Estudios sobre la sucesión hereditaria. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales*. Dykinson, 2023, págs. 162 y 163.

*sucesoria que consideran que el mismo, solo deberá disponer onerosamente de los mismos en causa de urgente necesidad, ya que, si dispusiera libremente de estos, estaría privando en la práctica de la totalidad de la legítima estricta del resto de sujetos con derecho a la misma. Sin embargo, no parece lógico imponer al fiduciario una serie de límites que el legislador no ha querido ponerles, porque entre otras cosas, será también el propio testador el que podrá establecer otra modalidad de fideicomiso de residuo si lo desea de forma expresa, destruyendo la presunción iuris tantum mencionada con anterioridad».*

Dicho esto, no podemos obviar que parte de la doctrina más conservadora argumenta que con la redacción actual del 808 impera la subrogación real en la sustitución fideicomisaria de residuo, lo que supone que el fiduciario con discapacidad, tras disponer onerosamente de los bienes que componen la legítima estricta, deberá conservar la contraprestación económica obtenida con estas disposiciones para los legitimarios sin discapacidad, y lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado tanto a favor<sup>19</sup> como en contra<sup>20</sup> de la subrogación real de lo obtenido con la disposición onerosa de los bienes

---

<sup>19</sup> En su sentencia de 30 de octubre de 2012, nuestro Alto Tribunal establece que la obligación de conservar no desaparece en el fideicomiso de residuo, cuando expresa que: «(...) aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien mortis causa, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario (...) De lo afirmado se infiere que el mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad si aliquid superit (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador».

<sup>20</sup> También hay alguna sentencia del Tribunal Supremo contraria a la aplicación del principio de subrogación real, como la sentencia de 22 de junio 2010 que establece que «En la naturaleza del fideicomiso de residuo instituido en la modalidad si aliquid supererit no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario, sin que conste en éste la voluntad de perjudicar a su hermanastro (fideicomisario) ni ánimo defraudatorio de la voluntad del testador (fundamento de derecho duodécimo)».

O, en la misma línea, la de 7 de noviembre de 2008, donde establece el Supremo que el testador «estableció el fideicomiso de residuo a favor de las personas que indicaba (hermanos y sobrinos del causante), advirtiendo 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».

fideicomitidos, siendo la sentencia más reciente la que apuesta favorablemente por la subrogación real.

Pero llegados a este punto cabe cuestionarse, ¿qué sentido tendría entonces la reforma de la Ley 8/2021, si el fiduciario con discapacidad no pudiese disfrutar de la contraprestación económica obtenida con las disposiciones?

Es más, de ser esa la verdadera intención del legislador pudo reflejarlo así literalmente, tal y como lo hace el C.c. Catalán cuando en su artículo 426-56 expresa que en la sustitución fideicomisaria de residuo rige el principio de subrogación real, salvo los casos en que la ley establece otra cosa o en que el fideicomitente o los fideicomisarios autorizan que los bienes o el dinero obtenidos se excluyan del fideicomiso.

También podría el legislador de 2021 haber apostado por la sustitución fideicomisaria ordinaria en vez de la de residuo, o, incluso, podría haber recogido la redacción del 808 que el fiduciario no podrá disponer ni gratuitamente, ni *mortis causa*, y que la disposición onerosa solo se admitirá, por ejemplo, cuando la persona con discapacidad lo necesite, tal y como hace el artículo 822 en su párrafo segundo, cuando faculta al derecho de habitación por ministerio de la ley sobre la vivienda habitual en la que convivía con el causante, pero solo cuando el legitimario con discapacidad lo necesite.

Sin embargo, eso no ha sido así, ya que de la literalidad del 808 se desprende claramente que a la hora de disponer onerosamente el fiduciario puede hacerlo sin ningún límite, por lo que, en mi opinión, no debe imperar la subrogación real en lo obtenido con la transmisión, ya que de ser así podríamos encontrarnos con el sin sentido de que el fiduciario con discapacidad disponga de los bienes porque necesita afrontar gastos propios y necesarios de su vida, pero sin embargo no pueda usar el dinero obtenido con ello, ya que al imperar la subrogación real, lo obtenido con la disposición debe ir a parar a los legitimarios sin discapacidad.

Repito, ¿para qué habría servido entonces la reforma de 2021?

Dicho lo anterior, se aplique o no la subrogación real cuando el fiduciario disponga onerosamente de los bienes, lo importante es que con la redacción actual del 808 se faculta al testador a que «disponga lo contrario», motivo por el cual, bajo mi punto de vista, el testador podrá exigir expresamente en el testamento no solo que no se aplique la subrogación real, sino incluso puede establecer una sustitución preventiva de residuo, o, siendo coherente con el contenido del traba-

jo, puede disponer libremente de la legítima estricta tal y como puede hacer con la mejora, ya que a la disposición en contrario que admite el 808 no se le ha fijado límites.

Por tanto, la doctrina conservadora no puede seguir defendiendo sus argumentos en base a la imposibilidad de que el resto de legitimarios sin discapacidad se vean privados de su legítima estricta, porque esa es una posibilidad legal contemplada en el nuevo contenido del artículo 808, bastándole al testador para ello con expresar una disposición en contrario mostrando su voluntad.

En definitiva, el fin de la intangibilidad de la legítima estricta es ya una realidad en nuestro Derecho común, en aquellos casos en los que los testadores tengan un descendiente legítimo con discapacidad.

### III. MOTIVO JURÍDICO QUE EXISTE FUERA DE LA LEY 8/2021: EN NAVARRA, PAÍS VASCO Y ARAGÓN LOS TESTADORES PUEDEN DISPONER DE TODA LA LEGÍTIMA EN FAVOR DE CUALQUIERA DE SUS DESCENDIENTES

Junto a los motivos jurídicos que se desprenden de la Ley 8/2021 para pensar que en la actualidad los testadores con descendientes con discapacidad podrán dejarles a éstos toda la legítima estricta, hay otro que nada tiene que ver con la referida norma, pero que también es de suma importancia.

Me refiero al hecho de que en España existen más de cuatro millones de personas que pueden dejarle toda su legítima a cualquiera de los descendientes, sin necesidad de que el beneficiado tenga reconocida ninguna discapacidad, ni de que ostente la condición de legitimario. Disfrutan de tal posibilidad los testadores españoles en Navarra<sup>21</sup>, Aragón<sup>22</sup> y el País Vasco<sup>23</sup>.

¿Y qué pueden hacer en dichas regiones los legitimarios que se vean privados de su legítima por ser esta la voluntad del testador? Nada, no pueden hacer nada, ya que tal posibilidad queda contemplada en las diferentes normas regionales.

---

<sup>21</sup> Donde hay censadas 661.537 personas según el INE. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2884.px>

<sup>22</sup> Están censadas 1.326.261 personas, según el INE. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=02002.px>

<sup>23</sup> Son 2.213.993 las personas censadas en el País Vasco según el INE. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=02002.px>

Es decir, que, en dichas regiones forales, los testadores disponen de toda su legítima con la misma libertad que en las regiones sujetas al Derecho común los testadores pueden disponer de su legítima de mejora, y aunque en ellas todos los descendientes son conscientes de que en el futuro pueden quedarse sin herencia cuando así lo decida el testador, parece que lo acatan con naturalidad, porque las familias siguen existiendo.

¿Tan dramático sería entonces para las familias sujetas al Derecho común, que toda la herencia del causante vaya a parar a uno de sus descendientes legitimario con discapacidad cuando esa fuese su última voluntad, si en Aragón, Navarra y País Vasco esto puede hacerse incluso en beneficio de un descendiente que no sea legitimario ni tenga reconocida ninguna discapacidad?

Coincido plenamente con Magariños Blanco<sup>24</sup> cuando cuenta que *«Es útil conocer la diversidad de sistemas legitimarios existentes en los distintos territorios de España. La legislación de las regiones forales, hoy convertidas en Comunidades Autónomas, con órgano legislativo propio, nos ofrece un marco variado de soluciones, todas ellas más acordes con la realidad social actual. Frente a la dejación del legislador estatal que, a salvo las pequeñas correcciones antes referidas, se ha mantenido de espalda a las exigencias de la realidad; que es muy distinta a la existente hace más de un siglo, cuando se publicó el Código civil español. Dejación de la que tiene su tanto de culpa una parte de la doctrina civilista que trató con un fervor reverencial la legítima, a la que denomina el núcleo duro del Derecho de sucesiones. Aunque cada vez sean más los juristas que abogan por un sistema de libertad; lo que supone, como veremos, un avance o aproximación a la justicia».*

Centrándonos en la legítima colectiva de Aragón, 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*

---

<sup>24</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V. *Op. cit.*, pág. 101.

*hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio».*

Al igual que ocurre en el Derecho común<sup>25</sup>, 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

---

<sup>25</sup> Concretamente el 932 del C.c. 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 éstos por partes iguales».*

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

Pero aún es mayor la libertad de testar de la que disfrutaban los testadores en Navarra, donde según la Ley 267 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, *«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 co-*

*lectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal».*

En palabras de Lasarte<sup>26</sup>, 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.

Por tanto, en Navarra puede aplicarse el supuesto de legítima colectiva del que hablo 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.

Aunque existen autores Vaquer Aloy<sup>27</sup>, que plantea, a la hora de abordar la futura reforma del sistema legitimario español, la posibilidad de que se aplicase en nuestro Derecho común una legítima estricta colectiva como la aragonesa o vizcaína, es decir, sin necesidad de que el descendiente beneficiado tuviese que ser uno legitimario con discapacidad, sino que pudiese serlo cualquier descendientes, lo cierto es que a día de hoy, en nuestro Derecho común, no hay duda de que la persona a la que se pretenda beneficiar con la legítima estricta tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1.º—Tener reconocida una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, o estar en situación de dependencia de grado II o III.

2.º—Ostentar la condición de descendiente legitimario, 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.

Pero si se cumplen estos requisitos que exige actualmente el 808, ¿por qué volver a interpretar restrictivamente la reforma llevada a cabo sobre la legítima estricta, si la literalidad del referido artículo parece permitir también la legítima colectiva a favor de los descendientes legitimarios con discapacidad sujetos al Derecho común, y

---

<sup>26</sup> LASARTE, C. *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Editorial Marcial Pons., 2021, pág. 169.

<sup>27</sup> VAQUER ALOY, A. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, pág. 14. Expresa 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 aquél de los legitimarios que realmente se hallare en mayor situación de necesidad».

más teniendo en cuenta que más de cuatro millones de españoles sin discapacidad ya disfrutaban de tal posibilidad?

## VI. CONCLUSIONES

El legislador de la Ley 8/2021 fijó un nuevo alcance a la libertad de testar de los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad con la una nueva redacción al párrafo cuarto del 808 del C.c.

Pero, ¿hasta dónde llega tal flexibilidad? ¿Puede el testador, en base a la nueva literalidad del 808, dejarle todo el tercio de legítima estricta en propiedad al descendiente con discapacidad, en detrimento del resto de legitimarios sin discapacidad? Es decir, ¿podrá disponer de toda la legítima estricta en su favor tal y como puede disponer de la mejora?

De lo que no cabe duda, porque así lo establece literalmente el 808, es que hoy en día, el testador podrá establecer sobre la legítima estricta, siempre en favor del descendiente con discapacidad, una sustitución fideicomisaria de residuo que le permita disponer onerosamente de todos los bienes que componen dicho tercio, lo cual, implica *per se* la posibilidad de que el resto de legitimarios sin discapacidad acaben siendo privados de su legítima estricta.

Gran parte de la doctrina sigue considerando inaceptable tal posibilidad, ya que de admitirse dicha interpretación se estaría vulnerando el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, afirmación con la que no coincido, por varios motivos:

1.º—Hace años también era impensable que nuestro Derecho regulase el matrimonio del mismo sexo, o, incluso, el divorcio, pero la sociedad avanza, y el Derecho tras ella, y una demanda actual de la sociedad es que aquellos españoles con descendientes con discapacidad puedan decidir libremente cómo y cuánto quieren protegerlos, también desde el ámbito sucesorio, y de ahí que el Derecho tenga que ponerse a la par también.

2.º—Tanto en Aragón, como en el País Vasco y Navarra, los testadores pueden dejarle toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, sin necesidad de que el descendiente beneficiado ostente la condición de legitimario, ni la de persona con discapacidad.

¿Por qué no van a poder entonces los testadores españoles sujetos al Derecho común, dejarle toda su herencia al descendiente legitima-

rio con discapacidad, si así parece permitirlo la literalidad del 808, y lo mismo ocurre ya en Aragón, el País Vasco y Navarra, en favor de cualquier descendiente?

3.º—La doctrina conservadora defensora de la intangibilidad de la legítima estricta, tras la Ley 41/2003, defendió a ultranza que la sustitución fideicomisaria que había permitido dicha norma sobre la legítima estricta en beneficio de los descendientes incapacitados judicialmente, jamás podría ser de residuo, ya que ello implicaría que el fiduciario incapacitado pudiese disponer de la legítima estricta y, por ende, que el resto de legitimarios se viesen privados de su herencia.

Pues bien, siendo el legislador de 2021, conocedor de tal debate, quiso disipar cualquier duda al respecto al establecer literalmente en el nuevo artículo 808 del C.c. que: ¡Sí, la sustitución fideicomisaria que puede establecer el testador sobre la legítima estricta en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad es de residuo! Además, una sustitución fideicomisaria de residuo que permite a los fiduciarios con discapacidad disponer de forma onerosa de los bienes que componen la legítima estricta, ya que únicamente limita el legislador la disposición de dichos bienes de forma gratuita y *mortis causa*.

En definitiva, parece que el legislador de 2021 le ha querido mandar un mensaje claro a la doctrina más conservadora en relación con la legítima estricta: ¡Dejad de interpretar restrictivamente las reformas sobre la legítima en beneficio de las personas con discapacidad!

Pero precisamente el objeto del presente artículo es también el de cuestionarnos si puede el testador ir más allá de la sustitución fideicomisaria de residuo, o, dicho de otra forma, si puede incluso dejarle en propiedad al descendiente con discapacidad toda la legítima estricta, ya que antes de la posibilidad de la institución de residuo, en una oración anterior, el párrafo cuarto del 808 faculta al testador a disponer de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad en beneficio del descendiente con discapacidad, otorgando además para ello una redacción casi idéntica a la que hace con la posibilidad que tiene el testador respecto a la mejora.

Imaginemos entonces un testamento notarial en el que la última voluntad del testador fue transmitir toda su herencia a favor de su hijo con discapacidad intelectual del 75 %. En dicho testamento, el testador estableció expresamente que en relación con la legítima estricta no quiere que se establezca sobre ella una sustitución fideicomisaria de residuo, sino que su voluntad es disponer de ella exactamente igual que dispone de la mejora, dejándole ambos tercios en propiedad al hijo con discapacidad.

En este testamento, el testador se estaría acogiendo a la disposición en contrario de la que habla el párrafo cuarto del artículo 808, para manifestar que su última voluntad es que la legítima estricta vaya a parar al hijo con discapacidad en propiedad, descartando la opción de la sustitución fideicomisaria de residuo.

En mi opinión, esta posibilidad tendría cabida en el contenido del primer párrafo del artículo 813 del C.c., cuando establece que «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*».

¿Qué nos impide entonces entender, tras la reforma de 2021, que tener un descendiente legitimario con discapacidad es uno de los casos expresamente determinados por la ley, en concreto por el C.c., para privar al resto de legitimarios sin discapacidad de su legítima?

Por tanto, no nos encontraríamos ante una desheredación no regulada de los legitimarios sin discapacidad, sino ante un supuesto en el que la ley, en concreto el C.c., faculta al testador a dejar sin legítima a los legitimarios sin discapacidad.

¿Por qué no interpretar de una vez la reforma en su sentido más amplio posible y apostar, en base a la nueva literalidad del 808, por la posibilidad de dejar toda la legítima a los descendientes legitimarios con discapacidad?

## BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M. «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005.

Cabezuelo Arenas, A. «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021.

Domínguez Luelmo, Prólogo. *Las legítimas en los Derechos autónomos y su reforma en el C.c.*, A Coruña, Andavira Editore, 2020.

Lasarte, C. *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Editorial Marcial Pons., 2021.

Magariños Blanco, V. *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*. Editorial Dykinson, Madrid, 2022.

- Marín Calero, C. *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022.
- Martín Santisteban, S. Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57, 2022.
- Platero Alarcón, A. *Estudios sobre la sucesión hereditaria. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales*. Dykinson, 2023.
- Ripoll Soler, A. La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C.C.: Fideicomiso de Residuo. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005.
- Roca Trías, E. «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020.
- Vaquero Aloy, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.
- Verdera Server, R. *Contra la legítima*. Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- Vivas Tesón, I. *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica, 2010.

