



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN SUCESORIA DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA
SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, TRAS
LA LEY 8/2021

Autora: Rosa Calero Joly

4º E1

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2022

RESUMEN

A lo largo del Trabajo de Fin de Grado expondré el concepto de discapacidad, así como las clases de discapacidad recogidas en la Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Una vez realizada dicha aproximación conceptual me centraré en la necesidad de la promulgación de esta Ley, así como en las reformas más significativas que ha producido.

Así mismo, realizaré un análisis del régimen y la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria del Ordenamiento jurídico español tras los cambios que ha sufrido con la promulgación de esta Ley. Además, plantearé la posible prospección sociológica del arraigo social de estas figuras en la práctica a partir de las ideas de cinco notarios, Doña Almudena Fernández-Cuesta del Río, Doña Miriam Herrando Deprit, Don Pablo de la Esperanza Rodríguez, Don Mariano Alberdi Berriatua y Don Ignacio Manrique Palacios.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, protección, Derecho de sucesiones, sustitución fideicomisaria, grabación, legítima, Ley 8/2021.

ABSTRACT

Throughout this paper, I will explain the concept of disability, as well as the different classes collected in Law 8/2021, for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity. Once this conceptual approach has been made, I will focus on the necessity of the enactment of this Law as well as its most significant reforms.

Likewise, I will make an approach of the legal regime and nature of the trusteeship substitution in the Spanish legal system after the changes it has undergone with the enactment of this Law. Also, I will propose the possible sociological prospection of the social roots of these figures in the practice on the basis of the ideas of five notaries, Mrs. Almudena Fernández-Cuesta del Río, Mrs. Miriam Herrando Deprit, Mr. Pablo de la Esperanza Rodríguez, Mr. Mariano Alberdi Berriatua and Mr. Ignacio Manrique Palacios.

KEY WORDS

Disability, protection, succession law, trustee substitution, engrave, rightful inheritance, Law 8/2021.

LISTADO DE ABREVIATURAS

- **Art.:** artículo
- **CC:** Código Civil
- **CE:** Constitución Española
- **CERMI:** Comité Español de Personas con discapacidad
- **COCEMFE:** Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica
- **CNY:** Convención de Nueva York sobre de los derechos de personas con discapacidad
- **INE:** Instituto Nacional de Estadística
- **Ley 8/2021:** 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
- **OMS:** Organización Mundial de la Salud
- **ONCE:** Organización Nacional de Ciegos Españoles
- **RAE:** Real Academia Española

ÍNDICE

RESUMEN	2
PALABRAS CLAVE	2
ABSTRACT	2
KEY WORDS	2
I. INTRODUCCIÓN	6
1. EVOLUCIÓN DE DISCAPACIDAD DESDE EL PLANO SOCIAL	6
2. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	7
2.1. Objetivo principal	7
2.2. Objetivo secundario	7
3. METODOLOGÍA.....	8
4. ESTRUCTURA DEL TRABAJO	8
II. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	9
1. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	9
2. CLASES DE DISCAPACIDAD	11
2.1. Discapacidad física	12
2.2. Discapacidad psíquica	13
2.2.1. <i>Discapacidad intelectual</i>	13
2.2.2. <i>Discapacidad por trastorno mental</i>	13
2.3. Discapacidad sensorial	14
III. LA LEY 8/2021	14
1. NECESIDAD DE SU PROMULGACIÓN	14
2. CONTENIDO RELEVANTE DE LA LEY	16
3. OPINIONES ACERCA DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY	17
4. PLANTEAMIENTO EJEMPLO TIPO	18
IV. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA TRAS LA LEY 8/2021	20
1. RÉGIMEN JURÍDICO	20
1.1. Reforma artículo 782 CC	22

1.2. Reforma artículo 808 CC	23
2. NATURALEZA JURÍDICA	24
2.1. Elementos personales	25
2.2. Carácter de la sustitución fideicomisaria	27
3. DESARROLLO DEL EJEMPLO TIPO	30
4.1. Opinión Doña Almudena Fernández-Cuesta del Río.....	32
4.2. Opinión Doña Miriam Herrando Deprit y Don Pablo de la Esperanza Rodríguez	34
4.3. Opinión Don Ignacio Manrique Plaza	35
4.4. Opinión Don Mariano Alberdi Berriatua	37
4.5. Valoración personal.....	38
V. CONCLUSIONES	39
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	39
A) LEGISLACIÓN.....	39
B) OBRAS DOCTRINALES	40
C) RECURSOS DE INTERNET	41

I. INTRODUCCIÓN

1. EVOLUCIÓN DE DISCAPACIDAD DESDE EL PLANO SOCIAL

Durante la historia, se ha producido una evolución en la situación que han vivido las personas con discapacidad en la sociedad. Haciendo un breve recorrido histórico, se conoce que en la prehistoria y la antigüedad estas personas eran abandonadas o matadas por considerarse una “carga”, aunque, por otro lado, también existen diversas teorías que recogen el intento de dar curación a estas personas. Más adelante, con la influencia del cristianismo en la Edad Media se empezó a asociar la discapacidad de estas personas a castigos enviados por Dios; por lo que eran tratados como locos o herejes.

En la Edad Moderna, con la influencia de pensadores como Locke, Voltaire o Rousseau se llega a la conclusión de que estas personas son responsabilidad pública; por tanto, se les debe dotar con los medios para lo que sería su primer arraigo en la sociedad. Sin embargo, con la instauración del pensamiento capitalista, unos años después, el concepto de discapacidad vuelve a ser visto como un problema social; debido a que estas personas por lo general no “ayudaban” a crear riqueza.

Las Guerras Mundiales son cruciales para la evolución de este concepto, ya que muchos de los soldados supervivientes llegaron con secuelas tanto psíquicas como físicas. Es aquí donde se comienza a tener conciencia de la posibilidad de integrar completamente a estas personas en el panorama social, hasta las protecciones que hoy se les dan a las personas discapacitadas en casi todos los Estados del mundo ¹.

En España, según la última encuesta realiza por el INE, hay 3,85 millones de personas declaradas por tener alguna discapacidad ². Este es un dato que muestra la necesidad de darle la protección adecuada a estas personas, para así poder garantizarles sus derechos. Actualmente, se lucha desde diversas asociaciones por dar posibilidades a las personas discapacitadas en los ámbitos educativos y laborales; tal y como la Fundación ONCE, el CERMI, la COCEMFE, la PREDIF o la Confederación Salud Mental España. Estas asociaciones son fundamentales porque, entre otras cosas, conocen las necesidades del

¹ Valencia, L.A., “Breve Historia de las personas con discapacidad: De la Opresión a la Lucha por sus Derechos”, *Revista Española de Discapacidad*, vol 8 (I) 2020, cit, pp. 3-17

² INE, “Discapacidad (tasas, esperanzas de vida en salud)”, Encuesta 2008 (disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888; última consulta 16/03/2022)

colectivo, difunden y dan a conocer la problemática de las personas discapacitadas, ayudan a sus familias y conocen los avances médicos más importantes ³.

Por otro lado, desde el ámbito legislativo se han promulgado numerosas normas durante la historia que recogen instrumentos jurídicos de protección tal y como pueden ser la tutela o la curatela a los que haré una breve mención más adelante. Un claro ejemplo de esta conciencia en el que me centraré durante este Proyecto es la promulgación de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

2. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

2.1 Objetivo principal

El objetivo principal de este Trabajo de Fin de Grado será realizar un análisis de la reforma que ha sufrido la sustitución fideicomisaria en el Derecho de Sucesiones Español tras la promulgación de la Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Para lograr dicho objetivo profundizaré en los cambios realizados a los artículos 782 y 808 del Código Civil tras la promulgación de esta Ley. Además, hablaré de como esto ha abierto una nueva posibilidad en el Derecho de Sucesiones español de agredir la legítima.

2.2 Objetivo secundario

El objetivo secundario, será realizar una aproximación al concepto de discapacidad, así como las distintas clases de discapacidad que puedan considerarse. Por otro lado, plantearé un pequeño caso práctico para entender el alcance de la reforma al que daré una solución al final del trabajo. En concreto, el caso de aquellos legatarios cuyas legítimas se encuentren gravadas por sustitución fideicomisaria; por ser uno de ellos discapacitado, en los casos en los que exista un solo bien inmueble como haber hereditario.

Además, haré una breve exposición de los problemas jurídicos que esto puede plantear. Así como, el desarrollo práctico de estos artículos, hasta concluir con la extinción de la

³ Sunrise Medical, “Guía de asociaciones de discapacitados en España”, 2017, (dsponible en: <https://www.sunrisemedical.es/blog/asociaciones-de-discapacitados>; última consulta 18/02/2022)

situación que producen. Para finalizar, tomaré como referencia la opinión de cinco notarios cuya prospección sociológica me llevará a concluir con el posible arraigo social de esta figura en particular y de esta Ley en general.

3. METODOLOGÍA

La metodología empleada en el estudio de este Trabajo de Fin de Grado será la utilización de la combinación del método legalista positivista y el dogmático conceptual que nos acercarán al objetivo de profundizar en el tema planteado.

Del lado del método legalista positivista consistirá en el análisis de Legislación, donde se destaca la Ley 8/202, 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, el Código Civil, la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad de Nueva York y la Constitución española.

Por otro lado, el método dogmático conceptual consiste en el uso de Doctrina, para el cual he tomado ideas de manuales de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones y de análisis de la propia Ley. Estos me han acercado a la comprensión jurídica de la sustitución fideicomisaria. Por último, la opinión de cinco notarios que se asemeja al método sociológico.

4. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Para dar cumplimiento a los objetivos planteados, la estructura de este Trabajo de Fin de Grado se divide en cuatro capítulos de la siguiente forma:

El primer capítulo titulado “Introducción” comienza con la evolución del entendimiento social de la discapacidad durante la historia, así como la exposición de los objetivos del presente Proyecto de Investigación y la metodología empleada para ello.

El segundo capítulo titulado “Concepto de Discapacidad” realiza una aproximación conceptual hacia lo que es la discapacidad, así como las clases existentes.

El tercer capítulo “Ley 8/2021” realiza un análisis de la propia promulgación de la Ley; los motivos por los cuales ha sido necesaria promulgarla y la realización de un breve recorrido por las cuestiones más relevantes de la misma. Así como del planteamiento de una situación específica con un ejemplo tipo de invención propia a la que se busca dar respuesta con la promulgación de la Ley objeto de estudio.

El cuarto capítulo “La sustitución fideicomisaria tras la Ley 2021” un se compone de dos partes fundamentales:

En primer lugar, profundiza en el régimen jurídico de esta figura del Derecho de Sucesiones español. En concreto, tras la reforma de los artículos 782 y 808 del Código Civil.

En segundo lugar, se continúa con la naturaleza jurídica de la figura de la sustitución fideicomisaria como forma de agredir la legítima para así poder visualizar la forma práctica en la que se desarrolla hasta concluir en su extinción. Asimismo, se recoge una posible solución práctica al caso planteado. Por último, se toman las ideas de cinco expertos para poder aproximarnos al posible arraigo social que tendrá a partir de su propia experiencia profesional.

El último capítulo “Conclusiones”, sintetiza las ideas más importantes que dan respuesta a los objetivos planteados.

II. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

1. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

El concepto de discapacidad es complejo y multifacético, ya que a lo largo de la historia ha sufrido una evolución desde lo que era una concepción estrecha y limitada hasta la idea tan amplia que encontramos actualmente que entiende la discapacidad como una experiencia al mismo tiempo que una característica propia de la condición humana ⁴.

Esta evolución se ha producido por el cambio de enfoque que se le ha otorgado al concepto de discapacidad que ha pasado de asociarse a personas completamente dependientes y necesitadas de ayuda, hasta el punto en el que nos encontramos actualmente con su completa garantía de derechos.

Es un tema controvertido, pues entran en juego cuestiones como la igualdad, la justicia social, la marginación... El nuevo enfoque del tratamiento jurídico de la discapacidad ha

⁴ Pérez, M. E. y Chabra, G, “Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas”, *Revista Española de Discapacidad*, vol 7 (I), 2019, pp. 7-27

emergido de la conjunción de las ópticas de diversos ámbitos que expondré a continuación con profundidad: el médico, el social relacional y el de plano jurídico de los derechos.

Desde el ámbito de la salud o plano médico, la OMS ha intentado revisar dicho concepto para abordarlo desde una visión que abarque las nuevas sensibilidades. Así se podría decir que la discapacidad *“es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para cualquier ser humano”*.

A partir de esta idea debemos aproximarnos a lo que es el concepto de “deficiencia” que según la OMS dentro del ámbito de la salud *“es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”*.

Las deficiencias o discapacidades producen lo que conocemos como una minusvalía que se define como *“la situación desventajosa en la que se encuentra una persona determinada, como consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita, o impide, el cumplimiento de una función que es normal para esa persona, según la edad, sexo y los factores sociales y culturales”*⁵.

Por tanto, la idea de discapacidad no puede ser entendida únicamente desde una única perspectiva, sino como un conjunto de discapacidad, deficiencia y minusvalía. Esto es así, porque una lleva a la otra: una persona se diagnostica a partir de una deficiencia que da lugar a una discapacidad cuya consecuencia directa es una minusvalía⁶.

Atendiendo a la fuente desde la perspectiva de la lengua española la definición de la RAE en el diccionario panhispánico del español jurídico entiende que una discapacidad es *“una situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio de sus derechos”*.⁷ En mi opinión, es relevante que en la misma se introduzcan cuestiones tales como la igualdad o el ejercicio de derechos. Esto me lleva a afirmar la

⁵ Egea García, C Y Sarabia Sánchez, A, “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, 2001, p. 2 (disponible en: https://sid.usal.es/docs/F8/ART6594/clasificacion_oms.pdf; última consulta 10/01/2022)

⁶ Cáceres, C, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Audito: Revista electrónica de audiolología*, vol. 2 (3), 1 noviembre 2004, pp. 74-77

⁷ Real Academia Española, “Definición de discapacidad”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/discapacidad>; última consulta 21/02/2022)

cuestión planteada de que para definir el concepto de discapacidad, tal y como he mencionado antes, entran en juego muchos otros factores.

Por último, desde el punto de vista jurídico, el concepto de discapacidad en la legislación española es definido en el artículo segundo de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social como “*es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”.⁸ Esta definición esta extraída directamente de el artículo primero de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

2. CLASES DE DISCAPACIDAD

Para abordar de forma correcta esta realidad antes de explicar las clases de discapacidad hay que diferenciar dos conceptos: la discapacidad en sentido amplio y la discapacidad en sentido estricto. Por un lado, la discapacidad en sentido amplio engloba a todos los individuos con discapacidad que por ello son merecedores de protección jurídica, aunque sea mínima. Por otro lado, la discapacidad en sentido estricto la componen aquellos individuos afectados por una minusvalía psíquica, física o sensorial, a favor de los cuales se constituyen protecciones y beneficios según los grados en que la padezcan⁹.

En este trabajo me referiré únicamente al sentido estricto del término que se corresponde a las clases de discapacidad establecidas en la disposición adicional cuarta del CC que hace referencia directa a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Esta Ley dispone en sus artículos segundo y tercero que se entiende por discapacidad a las personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento y las personas afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior del 65 por ciento.

El grado de discapacidad de una persona se mide por grados o porcentajes según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹⁰. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre,

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 3 de diciembre de 2013)

⁹ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *Derecho de la persona*, Dykison, Madrid, 2021

¹⁰ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE 26 de enero de 2000)

de Promoción de la Autonomía Persona y Atención a las personas en situación de dependencia establece dos tipos de grados contemplados. En primer lugar, lo que sería una dependencia severa o un Grado II entendido como aquel en el que la persona necesita ayuda para realizar actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no apoyo permanente. Y, en segundo lugar, lo que sería una gran dependencia o Grado III que se correspondería a la necesidad de ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria varias veces al día, requiriendo apoyo continuo de otra persona ¹¹.

Por tanto, la introducción de la Ley 8/2021, ha supuesto la ampliación de los sujetos beneficiados por padecer una discapacidad, ya que previamente a esta Ley se consideraba que un discapacitado era todo aquel “judicialmente incapacitado”, mientras que ahora ya hemos visto los términos a los que se refiere ¹². Partiendo de esta base, realizaré una aproximación a cada una de estas realidades desde la perspectiva médica.

2.1. Discapacidad física

Una discapacidad física la padece toda aquella persona que tenga una deficiencia física que a su vez la padecen aquellas personas que debido a diversas circunstancias ven reducidas sus capacidades del aparato locomotor. Las principales causas de ello se pueden producir durante la gestación tales como las alteraciones genéticas o enfermedades hereditarias o bien situaciones espontaneas como accidentes, ictus o derrames.

Estas personas presentan limitaciones a la hora de moverse, lo que les produce dificultad para llevar a cabo actividades de su vida diaria en mayor o menos medida según el grado de discapacidad ¹³. Esta norma reconoce toda aquella discapacidad superior al 65% como grave o muy grave. Estos grados causan una importante disminución o imposibilidad de la capacidad de esta persona para realizar las actividades diarias ¹⁴.

Un ejemplo de discapacidad física sería una persona paralítica o tetraplégica.

¹¹ Mariño Pardo, F, “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación de los artículos 782 y 808: sustitución fideicomisaria en caso de discapacidad de un legitimario”, Ius Prudente, 6 octubre 2021 (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_39.html; última consulta 12/01/2022)

¹² Pérez Ramos, C. Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias. *El Notario, ENSXXI (2021, noviembre-diciembre)*, nº 100, p. 6

¹³ Fundación Caser, “Discapacidad Física” (disponible en: <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/fisica/introduccion>; última consulta 20/01/2022)

¹⁴ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

2.2. Discapacidad psíquica

Una discapacidad psíquica la padece toda aquella persona con una deficiencia psíquica que en este caso debe ser igual o superior al 33%. Se considera discapacidad psíquica a aquella alteración en el desarrollo intelectual de una persona o que padezca una enfermedad mental. Dentro la discapacidad psíquica encontramos dos subclases: la discapacidad intelectual y la discapacidad por trastorno mental.

2.2.1. Discapacidad intelectual

La discapacidad intelectual es la alteración del desarrollo cognitivo que se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y las conductas adaptativas ¹⁵. Esto presenta alteraciones en ámbitos como el aprendizaje, el desarrollo, la comunicación, las relaciones...

Un ejemplo de discapacidad intelectual sería padecer Síndrome de Down o autismo.

2.2.2. Discapacidad por trastorno mental

La discapacidad por trastorno mental puede definirse según la OMS como “*una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desarrollo que se traduce en trastornos del comportamiento, del razonamiento, de la adaptación a las condiciones de vida y de la comprensión de la realidad*” ¹⁶.

Se debe a alteraciones de la salud mental que pueden provocar situaciones en las que el individuo que las padezca vea alterada su percepción del entorno y personas que le rodean. Esto requiere tratamiento y seguimiento profesional que generalmente podrá suponer un desarrollo normal de la vida cotidiana ¹⁷.

Un ejemplo de discapacidad por trastorno mental sería la esquizofrenia o el trastorno afectivo bipolar.

¹⁵ Asociación Americana de Discapacidades intelectuales y del Desarrollo (AIDD), “Discapacidad Intelectual. Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo Social”, Madrid, Alianza Editorial, (disponible en:

<https://blogs.ucv.es/postgradopsocologia/2017/12/15/discapacidad-intelectual-definicion-clasificacion-y-sistemas-de-apoyo-social/>; última consulta 21/01/2022)

¹⁶ Organización Mundial de la Salud (OMS), “Trastornos mentales”, 2019 (disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>; última consulta 20/01/2022)

¹⁷ Fundación Caser, “Discapacidad Psíquica” (disponible en: <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/psiquica/introduccion>; última consulta 20/01/2022)

2.3. Discapacidad sensorial

Una discapacidad sensorial la padece toda aquella persona con una minusvalía sensorial que afecta a uno o varios de los sentidos ¹⁸. Al igual que la minusvalía física debe tener un porcentaje superior del 65%.

Un ejemplo de discapacidad sensorial sería padecer una sordera o una ceguera de un porcentaje igual o superior al 65%.

Una vez realizada esta aproximación conceptual hacia la discapacidad, así como a las clases existentes, expondré el planteamiento del problema social concreto al que el Legislador ha querido dar respuesta mediante la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

III. LA LEY 8/2021

1. NECESIDAD DE SU PROMULGACIÓN

La promulgación de esta Ley que entró en vigor el pasado 3 de septiembre está siendo objeto de numerosas críticas, ya que, aunque es cierto que se ha cubierto una necesidad legal que existía para dar cumplimiento a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, son muchos los que plantean las controversias jurídicas que la misma ha planteado.

Por un lado, el preámbulo de esta Ley establece la pretensión de dar un paso en adecuar nuestro Ordenamiento Jurídico al doceavo artículo de esta Convención que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida. Para ello, los Estados Parte, como España, deben adoptar medidas pertinentes para proporcionar el apoyo necesario a estas personas en el ejercicio de su capacidad jurídica ¹⁹.

¹⁸ Fundación Caser, “Discapacidad Psíquica” (disponible en: <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/psiquica/introduccion>; última consulta 20/01/2022).

¹⁹ 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 (BOE 3 de junio de 2021).

Esta Convención, y, por tanto, la promulgación de esta Ley, se basan en dar cumplimiento a su artículo primero cuyo objeto es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades de las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Asimismo, establece que las personas discapacitadas incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás²⁰.

Por otro lado, ha tenido gran relevancia la Constitución española cuyos artículos décimo y catorceavo han servido de inspiración en esta Ley al exigir el respeto a la dignidad de las personas discapacitadas y la igualdad ante la Ley de todos los españoles, en la tutela de sus derechos fundamentales. Así como su artículo 9.2 que establece: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*²¹.

Todos estos artículos se asemejan a la CDPD que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones muchas de las cuales se originan o agravan por el entorno social. Si bien es cierto que su cuadragésimo noveno artículo no se corresponde a esta Convención debido a que presta la atención a las personas con discapacidad desde el modelo médico o rehabilitador predominante en el momento de su promulgación; que consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado por una enfermedad, accidente o condición de la salud que requería tratamiento prestado por profesionales.

Hay que apuntar que la adaptación legislativa se inició mucho antes con la promulgación de leyes tales como la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que trata sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por

²⁰ Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 22 de abril de 2008)

²¹ Constitución española (BOE 29 de diciembre de 1978)

el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social ²².

2. CONTENIDO RELEVANTE DE LA LEY

En cuanto al contenido de la Ley son numerosas las reformas sustanciales que se han realizado, entre las que cabe destacar la derogación del artículo 199 del Código Civil; eliminándose la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica se refiere a la aptitud de la persona física para ser sujeto en las relaciones de derecho. Mientras que la capacidad de obrar era la aptitud para concluir actos y negocios jurídicos con eficacia. Esta distinción lo que causaba en la práctica es que todos tuviésemos reconocida nuestra capacidad jurídica por el simple hecho de ser sujetos de derecho, pero no se reconocía o se limitaba la capacidad de obrar a las personas discapacitadas en determinadas actuaciones jurídicas.

Esta concepción no podía sostenerse en términos de la CDPD cuyo artículo 12.2 establece: *“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”*²³.

La consecuencia natural de esto es la eliminación de la figura de la incapacitación por sentencia judicial que consistía en la limitación de la capacidad de obrar de las personas discapacitadas, así como la tutela o guarda a la que debería ser sometida ²⁴. Esta reforma ha declarado que nadie pueda ser incapacitado, sino que, en los casos pertinentes, un juez pueda determinar que apoyos necesita una persona con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico. La fundamentación para ello se encuentra en el artículo 12.1 de la CNY que establece: *“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*²⁵.

Otra de las reformas más significativas ha sido en cuanto a las instituciones de la guarda de hecho, la tutela y la curatela. En primer lugar, en cuanto a la guarda de hecho, se ha

²² Lora-Tamayo Rodríguez, I, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”, Guía rápida Francis Lefebvre, Lefebvre-El Derecho, S.A, Madrid, 2021, pp. 11-74.

²³ Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 22 de abril de 2008).

²⁴ op. cit. Lora-Tamayo Rodríguez, I

²⁵ Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 22 de abril de 2008).

atribuido la capacidad de representar al guardador sin necesidad de declaración judicial previa en situaciones excepcionales, a pesar de que su carácter general será la de requerir esas autorizaciones judiciales. Esto plantea la posible frustración de los Tribunales al no darse paralelamente una mejor dotación de competencias. En segundo lugar, respecto de la reforma de la figura de la tutela se ha prohibido la posibilidad de que existan tutores para aquellos mayores de edad. En tercer lugar, la reforma de los artículos 271 a 294 del CC que han realizado la consideración de la institución de la curatela como mecanismo idóneo para la concesión judicial de apoyos a las personas con discapacidad. En general, en el panorama doctrinal se critica que esta sobreprotección ha acabado desvirtuando la propia figura ²⁶.

Por último, como medidas más significativas en el ámbito del Derecho de Sucesiones, se ha suprimido la figura de la sustitución ejemplar que establecía la posibilidad para aquellos ascendientes que hubiesen sido declarados incapaces por enajenación mental de nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años. Además, otra de las reformas ha sido la de la sustitución fideicomisaria nombrada en favor de legitimarios discapacitados objeto de estudio de este trabajo de la que hablaremos más en profundidad.

3. OPINIONES ACERCA DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY

Como ya he apuntado, la promulgación de esta Ley está siendo objetivo de numerosas críticas. Esto se debe a que existen distintas opiniones sobre la ayuda que pueda dar realmente esta Ley a las personas con discapacidad. Son numerosos los autores que creen que es positiva y necesaria. Pero también muchos creen que ha complicado situaciones que podrían haberse adaptado mediante medidas puntuales para dar cumplimiento a la Convención de una forma menos radical.

Es cierto que a los profesionales no se les puede olvidar que tratan con personas que padecen una discapacidad. Precisamente, la crítica mayoritaria que se realiza es debido a que parece que al Legislador se le ha olvidado esto en ciertas ocasiones; siendo, por lo general, poco práctico. Muchas veces careciendo de realismo ante la verdadera situación en la que se encuentran estas personas. Aunque, por el otro lado, considero que no podemos encuadrar a todas las personas discapacitadas en la misma realidad, ya que

²⁶ Velilla Antolín, N, “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas discapacitadas”, *El Notario*, ENSXXI 2021, (noviembre- diciembre), nº 100, 5.

muchas de ellas están capacitadas para llevar una vida acorde a la de cualquier otro ciudadano.

Por lo general, la sociedad no tiene tan en cuenta la discapacidad de aquellas personas con trayectorias profesionales insignes a las que se dota de dignidad, respecto y consideración. Un ejemplo de ello lo tenemos en el científico Stephen Hawking cuyos estudios sobre el Big Bang o los agujeros negros revolucionaron la física en su época. De hecho, este tenía una enorme discapacidad como consecuencia de la enfermedad de esclerosis lateral amiotrófica (ELA) que padecía que le llevó a estar postrado en una silla de ruedas durante años. Además, tenía una completa pérdida de la voz, lo cual compensaba con un aparato electrónico para comunicarse con normalidad ²⁷.

Otros ejemplos de ello son: el músico italiano Andrea Bocelli considerado uno de los mejores tenores de nuestros tiempos que nació con glaucoma congénito llevándole a quedar completamente ciego a los 12 años o el matemático John Nash que padecía esquizofrenia paranoide aguda y consiguió incluso ganar el Premio Nobel de Economía en 1994 ²⁸.

4. PLANTEAMIENTO EJEMPLO TIPO

El objeto de este trabajo de investigación se centrará en otra de las reformas introducidas por esta Ley, por la que se han reformado los artículos 782 y 808 del CC. Las próximas páginas tratarán de aproximarse a la comprensión de esta figura, así como de la reforma que ha sufrido el Derecho de Sucesiones español.

Antes de hacerlo, plantearé un pequeño ejemplo tipo de invención propia para el que me he ayudado con un ejemplo tipo de testamento que trataré de poder resolver una vez finalizada esta investigación:

Juan Pérez de la Calle es viudo de María Ordoñez Rodríguez y tiene 3 hijos: José, María y Javier. Todos son mayores de edad. María padece una minusvalía sensorial del 85% desde su nacimiento; por la que ha quedado casi completamente ciega. Juan ha

²⁷ Martínez Ortega, J.C, “El facilitador: herramienta fundamental de la defensa de las personas con discapacidad”, *El Notario, ENSXXI* (2022, enero- febrero), nº 101, pp 37.

²⁸ Sunrise Medical, “8 famosos con discapacidad que son un ejemplo de superación”, 2016. Disponible en: <https://www.sunrisemedical.es/blog/ejemplos-famosos-superacion-discapacidad#fridadiscapitados>; última consulta 16/03/2022).

invertido todos sus ahorros fruto de años de trabajo en la compra de un bien inmueble sito en la Calle de Velázquez número 8, 28001, Madrid, en el que reside con su hija María desde hace años. Además, tiene ahorrados treinta mil euros en valores financieros.

La mayor preocupación de Juan es que su hija María quede desprotegida una vez él fallezca, por lo que tras plantearle esta cuestión al notario Javier Serrano Muñoz, ha decidido establecer su testamento con las siguientes cláusulas:

JUAN PÉREZ DE LA CALLE, mayor de edad:

EXPONE:

PRIMERO-. “Que nació en Madrid, el día 8 de abril de 1940, hijo de DON EDUARDO PÉREZ MARTÍNEZ, y DOÑA AURELIA DE LA CALLE BENÍTEZ: que está casado en únicas nupcias con DOÑA MARÍA ORDOÑEZ RAMIREZ, fallecida el día 24 de enero de 2020, de cuyo matrimonio tiene tres hijos: DOÑA MARÍA PÉREZ ORDOÑEZ, DON JOSÉ PÉREZ ORDOÑEZ y DON JAVIER PÉREZ ORDOÑEZ.

SEGUNDO-. ”Que es su deseo mejorar en lo más posible en su herencia a su hija María, instituyéndola heredera y disponiendo a su favor de la legítima estricta de sus hermanos mediante la sustitución fideicomisaria, prevista en el artículo 782 y concordantes del Código Civil”.

CLÁUSULAS

PRIMERA-. Establece sustitución fideicomisaria de residuo de los bienes que reciba su hija, a favor de sus hermanos José y Javier sustituidos por sus descendientes.

SEGUNDA-. Dispone de la legítima estricta correspondiendo a sus hijos José y Javier, mediante el legado ordenado en esta cláusula, recogido por las siguientes disposiciones:

1º Es fiduciario de residuo en el legado su hija María. Si esta renuncia al legado, sucederán en él los fideicomisarios como legatarios libres, pero si el fiduciario no adquiriese el legado, por cualquier otra causa, se refundirá en la masa de la herencia.

2º Los fideicomisarios sucederán en el legado, desde la muerte del testador y lo transmitirán a sus herederos, si fallecen antes del fiduciario.

3º El fiduciario podrá disponer libremente de los bienes fideicomitidos, sin más limitaciones que las antes referidas.

Cuando Juan fallece se realizan los correspondientes trámites que dan lugar a la aceptación de la herencia por parte de sus hijos. Al existir esta cláusula, la casa que es prácticamente el único bien que compone la herencia, queda gravada por sustitución fideicomisaria de residuo. Javier y José están de acuerdo con la decisión de su padre, aunque tienen muchas dudas acerca de la forma en la que esa casa llegará en algún momento a ellos, si es que lo hará. Además, no entienden lo que está cláusula dispone y por consiguiente se encuentran desprotegidos.

Con este pequeño ejemplo práctico se tratan de reflejar las posibles dudas a las que queda sometida esta familia una vez llegado el fallecimiento de su padre y que trataré de ilustrar durante este Trabajo de Investigación. Para ello habrá que hacer una primera aproximación hacia la figura de la sustitución fideicomisaria y la legítima estricta, así como la forma en la que esta se desarrolla tras la promulgación de esta Ley y como se extinguirá una vez llegado el momento.

IV. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA TRAS LA LEY 8/2021

1. RÉGIMEN JURÍDICO

La figura de la sustitución fideicomisaria se encuentra regulada en artículo 781 del Código Civil que dispone lo siguiente: *Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*²⁹.

Es una institución por la cual se encarga a un heredero que conserve la herencia según se disponga por el testador, el cual está obligado posteriormente a transmitírsela a un tercero que es nombrado cómo sustituto en su totalidad o parte de la herencia, con el requisito de que se encuentre dentro del segundo grado o que viva en el momento en que el testador fallezca que son unos límites de los que hablaré más adelante. ROCA SASTRE entiende que la sustitución fideicomisaria no es más que la institución de un heredero, con el

²⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (GACETA DE MADRID 25 de julio de 1889).

encargo de conservar y transmitir todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero ³⁰.

En ella aparecen tres figuras: el fideicomitente que es el causante de la herencia o testador que ordena la sustitución fideicomisaria en el otorgamiento del testamento, el fiduciario que es el llamado a la herencia que debe transmitirla al fideicomisario y el fideicomisario que sería el destinatario final de la sustitución una vez se produzca la circunstancia que se haya establecido; normalmente con la muerte del fiduciario.

Respecto de las clases de sustituciones fideicomisarias nos centramos en aquella que atiende a la obligación de conservar y restituir la herencia. Se diferencian la sustitución fideicomisaria ordinaria de la de residuo. La sustitución fideicomisaria ordinaria es aquella en la que el fiduciario conserva la herencia y la restituye al fideicomitente una vez llegado el momento o cumplida la condición. En cambio, la sustitución fideicomisaria de residuo es aquella en la que el fiduciario es autorizado por el testador para disponer total o parcialmente de la herencia, por lo que, el fideicomisario recibirá únicamente los bienes que queden.

En cuanto a los límites de la sustitución fideicomisaria, encontramos dos, el primero, de carácter temporal cuyo objetivo es que los bienes no tengan la imposibilidad perpetua de no poder disponer de ellos. Ello implica que pueden ser nombrados sustitutos todas las personas que vivan al momento de la apertura de la sucesión. En cuanto al segundo límite, hace referencia a la intangibilidad de la legítima consistente en determinar la imposibilidad de gravar la legítima salvo dos excepciones ³¹.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que es la antecesora a la Ley objeto de estudio en este Trabajo, ya realizó una importante modificación, por la cual el artículo 782 del CC abría la posibilidad de gravar la legítima en favor de un descendiente judicialmente incapacitado, lo que a su vez resultó en el artículo 808 del CC que el testador estableciese una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en favor de uno de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

³⁰ Roca Sastre, R.M., *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

³¹ Árbones-Dávila Navarro, Y., *Apuntes privados de Derecho de Sucesiones*. Curso 2020-2021, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia de Comillas. Plataforma educativa Moodle: acceso restringido.

Para ello, el testador que quisiera favorecer a uno de sus hijos o descendientes incapacitados podía disponer a su favor como máximo de la legítima estricta ³². Así, los artículos quedaron redactados de la siguiente forma:

- Art. 782 CC redacción dada por la Ley 4/2003: *Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808 (...)*
- Art. 808 CC redacción dada por la Ley 4/2003: *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 ³³.*

Como se ha expuesto con anterioridad a partir de la promulgación de la Ley 81/2021, ha dejado de existir la posibilidad de incapacitar judicialmente a un discapacitado, lo que a su vez ha supuesto una necesaria obligación de modificar estos artículos. Además de lo cual el legislador ha incluido otras cuestiones en las que me detendré a continuación.

1.1. Reforma artículo 782 CC

Por el art. 2.38 de la Ley se da la nueva redacción al art. 782 del CC: *El artículo 782 se redacta conforme se indica a continuación:*

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”³⁴.

³² Martín Meléndez, M. T, La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-50.

³³ 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 (BOE 19 de noviembre de 2003).

³⁴ 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 (BOE 3 de junio de 2021).

En relación con el artículo 782 lo primero que habrá que entender es el concepto de legítima. La legítima a tenor del artículo 806 del CC “*es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por este motivo herederos forzosos*”³⁵. La regla general, como ya se ha señalado, es que la legítima es intangible y no se puede gravar, por ello, esto constituye una excepción a esta norma general.

Normalmente, estos herederos a los que les está reservada son los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, aunque a falta de descendientes los serán los padres o ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. A falta de ambos, lo será el cónyuge. Esta se calcula una vez sucedida la muerte del testador, deduciendo del valor total de los bienes que este tuviere en el momento de su muerte las deudas y cargas.

Cuando nos referimos a legítima en sentido amplio lo hacemos a dos tercios del haber hereditario que son la legítima larga y la legítima corta. Cuando hablamos de legítima estricta nos referimos a la legítima corta que la compone un tercio del haber hereditario. Este tercio únicamente puede ir destinado a los legitimarios; es decir, los herederos forzosos. Mientras que la legítima corta o mejora puede disponerse para mejorar a alguno de los hijos o descendientes³⁶.

Por tanto, el artículo 782 CC establece una prohibición de gravar la legítima salvo para aquellos casos en los que se haga conforme al artículo 808; a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad. Se menciona que esto debe ser necesariamente en beneficio de un hijo que se encuentre en situación de discapacidad. En el análisis del artículo siguiente entenderemos el alcance de este cambio.

1.2. Reforma artículo 808 CC

Por el artículo 2.39 de la Ley se da la nueva redacción al art. 808 del CC: *Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que queda con la siguiente redacción: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.*

³⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (GACETA DE MADRID 25 de julio de 1889).

³⁶ op. cit. Árbones-Dávila Navarro, Y.

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 a justifique ³⁷.

Podemos entender esta reforma desde dos alcances interpretativos: el primero, restrictivo basado en que este artículo supone una excepción al sistema de las legítimas y, el segundo, amplio entendiendo que la finalidad de este artículo es la protección de las personas discapacitadas ³⁸. En mi opinión, tras realizar un alcance a esta materia considero que el legislador únicamente puede justificar esta reforma desde la segunda interpretación, con la única intención de proteger al legitimario discapacitado.

2. NATURALEZA JURÍDICA

La Doctrina, en un primer momento, discutió si la sustitución fideicomisaria era en realidad una verdadera sustitución. Debemos afirmar que si, ya que la sustitución fideicomisaria hace que el fideicomisario ocupe el lugar del fiduciario. Aún así, existen tres requisitos esenciales que necesita para poder constituirse. En primer lugar, la doble disposición de herederos al existir un llamamiento en favor de distintas personas, pero ambos siendo sucesores al causante. En segundo lugar, el carácter sucesivo de la adquisición de la herencia, ya que, primero hereda el fiduciario y después el

³⁷ 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 (BOE 3 de junio de 2021)

³⁸ op. cit. Pérez Ramos, C.

fideicomisario. En tercer lugar, la obligación de conservar los bienes objeto de la herencia
39.

Adentrándonos en el estudio de las reformas introducidas por la Ley 8/2021, surgen muchas dudas respecto de la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria, en concreto, en lo que respecta al artículo 808 del CC. Por ello, dividiré este análisis en dos partes que nos ayudaran a entender la naturaleza de esta figura.

2.1.Elementos personales

Respecto del artículo 808 CC, el primer apunte a realizar es el cambio en cuanto a los elementos personales. Por un lado, parece que existe un ánimo del legislador de acotar el círculo de posibles beneficiarios al haberse reducido el término de beneficiario de “hijo o descendiente” al de “legitimario” que, además, debe ser hijo. Y por otro, de ampliarlo respecto de no solo al “judicialmente incapacitado”, sino que se amplíe a aquellos afectados por un determinado porcentaje de discapacidad ⁴⁰.

La nueva redacción del término “legitimario” es confusa, ya que si se hace una interpretación literal parece haber excluido a aquellos descendientes que no tengan la condición necesaria de hijos del testador. Esto se desprende de la remisión de este artículo al 782 dónde se realiza la expresa referencia “hijos del testador”. Así mismo, el último párrafo del artículo 808 vuelve a referirse a “hijo beneficiado”. Esto supondría la exclusión de la posibilidad que existía de favorecer a un descendiente que no necesariamente fuese un hijo.

Sin embargo, nada se dice para aquellos casos en los que los hijos pueden dejar de ser legitimarios en los supuestos de desheredación o premoriencia, ya que eso podría convertir a un descendiente distinto del hijo en legitimario. Esto puede interpretarse desde dos argumentos que darán soluciones distintas. La primera, entender que el artículo 808 CC supone una excepción a la intangibilidad de la legítima, por lo que, debemos restringir esta posibilidad únicamente a los hijos legitimarios; dejando fuera a los descendientes legitimarios. La segunda, entender que en supuestos tasados en los que este descendiente

³⁹ Roca Sastre, R.M., Estudios de Derecho Privado, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

⁴⁰ Carrión Olmos, S. (2021). Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los arts. 782 y 808 CC tras su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio, Instituto de Derecho Iberoamericano. Recuperado de: <https://idibe.org/tribuna/sustitucion-fideicomisaria-favor-hijos-discapacidad-algunas-consideraciones-los-arts-782-808-cc-tras-redaccion-la-ley-82021-2-junio/>

distinto al hijo adquiera la condición de legitimario debe ser beneficiado por esta sustitución ya que se menciona expresamente en la primera parte del artículo el término “legitimario”⁴¹.

De ello, se puede desprender la posibilidad de que en las causas mencionadas anteriormente pueda serlo un descendiente cualquiera que haya adquirido la condición de legitimario por una de las causas previstas, por ejemplo, un nieto por desheredación injusta de su padre.

En cambio, si que queda claro en los casos en los que los hijos renuncien a esta protección, debiendo entenderse que los nietos no adquirirán la condición de legitimarios. La consecuencia práctica de esto es que con la redacción anterior si que se dejaba abierta la posibilidad de que un abuelo pudiese disponer esta legítima en favor de un descendiente cualquiera, por ejemplo, un abuelo respecto de su nieto judicialmente incapacitado⁴².

Hay que apuntar que esto no imposibilita la protección que pueda otorgarle un testador a un descendiente no legitimario ya que siempre cabría la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre los dos tercios restantes que no compongan la legítima estricta: el tercio de mejora y el de libre disposición.

Por ello, desde mi punto de vista, debemos hacer una interpretación restrictiva, por tanto, literal de su redacción. Considero que no podemos olvidarnos del hecho de que estamos ante una excepción para agredir la legítima y no una generalidad. Si el legislador hubiese querido incluir a cualquier descendiente no se hubiese referido en dos ocasiones al término de “hijo”. Aunque no cabe duda en que esta cuestión planteará controversias en un futuro que los tribunales deberán interpretar conforme a uno u otro criterio.

Por el contrario, como se ha apuntado también ha existido un propósito claro de ampliar este círculo al no haberse limitado como en la redacción anterior a aquellos “judicialmente incapacitados”, sino para hacerlo en favor de aquellos discapacitados con una minusvalía física igual o superior al 65%, sensorial o psíquica igual o superior al 33%⁴³. Por tanto, se amplían las discapacidades, ya que un judicialmente incapacitado solo podía serlo aquel que padeciese una discapacidad intelectual; no pudiendo valerse por sí mismo.

41 op. cit. Pérez Ramos, C.

42 op. cit. Lora-Tamayo Rodríguez, I.

43 op. cit. Pérez Ramos, C.

Además, la discapacidad debe concurrir en el momento en el que fallece el testador, no teniendo que existir declaración judicial alguna que lo acredite, sino bastando con el hecho de padecer la discapacidad. Mientras que en la redacción anterior era necesario que concurriese esa declaración judicial de incapacidad.

Otra de las cuestiones que no queda clara con la redacción de este artículo es la posibilidad de que se grave la legítima estricta de unos determinados legitimarios sin discapacidad y dejar libre las de otros, ya que nada se especifica sobre ello. La mayoría de los autores han considerado que debemos entender que esto funciona en bloque, es decir, no valdría gravar la legítima de algunos y de otros no. La intención del legislador aquí no está en buscar perjudicar a los legitimarios, sino únicamente en beneficiar al hijo discapacitado.

Lo que si que es cierto es que un testador tiene abierta la posibilidad de favorecer en vida a unos legatarios frente a otros mediante las donaciones que cubran la legítima, por lo que, si no se han hecho donaciones igualitarias a todos los legatarios si que podría estar favoreciéndose a uno frente a otros que quedarían más gravados.

Aún así, la literalidad de último párrafo del artículo que apunta que el legitimario que vea gravada su estricta puede impugnar, crea confusión ya que parece apuntar que existen unos legitimarios que no la tienen gravada. Esto sin lugar a duda, creará confusión y distintas posturas jurisprudenciales ⁴⁴.

2.2. Carácter de la sustitución fideicomisaria

El segundo apunte que señalar es que frente al régimen anterior que se limitaba a nombrar la figura de la sustitución fideicomisaria, en la nueva redacción de este artículo se referencia expresamente que la sustitución fideicomisaria debe ser de residuo salvo disposición contraria del causante: *“lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo”*. La sustitución fideicomisaria de residuo es aquella por la que el fideicomitente autoriza al fiduciario a disponer de todo o de parte de los bienes de la herencia, por lo que el fideicomisario solo recibe lo que el fiduciario no hubiere dispuesto ⁴⁵.

⁴⁴ op. cit. Lora-Tamayo Rodríguez, I.

⁴⁵ Costal Rodal, L, “La sustitución fideicomisaria. Especial referencia al fideicomiso de residuo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2011, pp. 25-34.

La consecuencia de ello es que se ha aumentado su contenido, ya que con una sustitución fideicomisaria normal las facultades del fiduciario quedan limitadas a poseer y obtener los frutos del fideicomiso. Mientras que en la de residuo se abre la posibilidad de consumir y enajenar los bienes con la única limitación legal de disponer de los bienes a título gratuito o por actos mortis causa. Por supuesto, además de las limitaciones que podría establecer el testador en caso de que fuese su voluntad.

El problema que se deriva de esto es que al abrir estas nuevas posibilidades de consumir y enajenar la legítima estricta reducimos sustancialmente la cantidad de la legítima que quedará para los demás legitimarios no discapacitados. Además, el término “salvo disposición contraria del testador” no es de fácil interpretación. La solución de la mayoría de los estudiosos que he leído es que lo que debe desprenderse de esta redacción es que la sustitución fideicomisaria de residuo es un límite máximo al que puede acudir el testador para gravar la totalidad de la legítima, no negando la posibilidad de que se establezca una sustitución fideicomisaria que no sea de residuo, pero nunca superior.

Lo que la mayoría de los autores parecen entender es la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre parte de la legítima y no su totalidad, incluso de menos de lo previsto en el CC. Un ejemplo de esto sería establecer un usufructo sobre la legítima gravada.

Al hablar de sustituciones de residuo nos referimos al tipo de sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario únicamente transmite al fideicomisario la parte sobrante de ese fideicomiso tras su muerte. Pero en realidad la naturaleza de esta distingue dos modalidades distintas: “si aliquid supererit” (si queda algo) que faculta al fiduciario a disponer inter vivos de todos los bienes sin límite y “de eo quod supererit” (de aquello que deba quedar) que solo faculta determinados actos de disposición. La diferencia fundamental entre ambas es que en la segunda el fiduciario tiene el deber de que quede una determinada parte de los bienes; asegurándose el causante que al fideicomisario le llegarán los bienes previstos ⁴⁶.

La sustitución fideicomisaria de residuo entendida desde la naturaleza de aquello que deba quedar se puede entender como una sustitución sujeta a condición. Las sustituciones fideicomisarias condicionales tienen lugar cuando el llamamiento queda sometido a un

⁴⁶ op. cit. Pérez Ramos, C.

hecho futuro o incierto. Esto implicaría que la sustitución no pasaría a favor del fideicomisario hasta que se produjese una condición estipulada, no con la muerte. En ese caso, sería contraria a la naturaleza de esta sustitución en favor del discapacitado establecer una sustitución de este tipo, por ello, hay que entender que la nueva reforma no adquiere esta naturaleza, sino desde la de “si aliquid supererit”⁴⁷.

Aún así, se han derivado dos posturas: de un lado, la doctrina minoritaria y el Tribunal Supremo entienden que lo es, ya que el fideicomisario no adquiere nada hasta que el fiduciario muere y si quedasen bienes. Mientras que la mayoría de la doctrina con autores como ROCA SASTRE o LACRUZ y entiende que la sustitución no está condicionada en sí misma, sino más bien en su contenido o cuantía de los bienes que se deban percibir⁴⁸.

Por ello, parece ser que la modalidad que ha querido adoptar el legislador en esta ocasión es la primera, es decir, el hijo beneficiado no tiene la obligación o el deber de transmitir una determinada porción de los bienes, sino lo que quede tras su muerte (si es que queda). La razón fundamental de ello se encuentra en que la protección al discapacitado se asegura con el patrimonio suficiente para sufragar los gastos que este tenga para vivir.

Aunque esta no es una opinión mayoritaria, ya que muchos autores como, por ejemplo, el notario Don Carlos Pérez Ramos, cuyas ideas he tomado para esta investigación considera todo lo contrario. En su opinión este precepto tiene como finalidad salvaguardar los intereses del discapacitado, pero no sería un beneficio que el fideicomiso se extendiera a la parte no consumida, lo que sería beneficioso para los herederos del discapacitado; no para él mismo⁴⁹.

En mi consideración, me parece más acertada la opinión que prestan otros autores como Don Salvador Carrión, catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad de Valencia. Según Carrión el llamamiento al fideicomisario se realiza solo para el caso de que queden bienes, ya que establece que la intención del Legislador no puede ser otra, al encontrarnos con que se ha establecido la posibilidad para el discapacitado de disponer

⁴⁷ Lasarte, C., *Derecho de Sucesiones*, Principios de Derecho Civil VII, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 47 2016, p. 110.

⁴⁸ op. cit. Lora-Tamayo Rodríguez, I.

⁴⁹ op. cit. Pérez Ramos, C.

de los bienes a título oneroso, cuestión que expondré más en profundidad a continuación
50.

Pues bien, como se ha adelantado, esta nueva reforma ha aumentado el contenido del fiduciario que ahora puede consumir y enajenar los bienes, mientras que antes solo podía poseerlos y obtener sus frutos. Si bien es cierto que no puede disponer de ellos a título gratuito ni por acto mortis causa, puede hacerlo a título oneroso. Esta interpretación se desprende de la interpretación en contrario que se hace a la redacción del artículo.

Entre las facultades del fiduciario encontramos todos los actos y negocios jurídicos gratuitos como son: enajenar mediante precio o contraprestación, constituir derechos reales de garantía, constituir renta vitalicia, realizar daciones en pago, ejercitar derechos o acciones, extinguir condominios ⁵¹... Esto abre una posibilidad al hijo discapacitado de disponer de los bienes de la legítima hasta el punto de poder dejar sin nada a los otros legatarios.

3. DESARROLLO DEL EJEMPLO TIPO

Una vez entendido como funciona la sustitución fideicomisaria tras la reforma de los artículos 782 y 808 del CC, podemos empezar a entender como funciona esta institución en el caso concreto planteado. Por ello, expondré una de las soluciones posibles que tendría la familia que no es la única existente.

En primer lugar, lo primero que ha de ocurrir para que se habrá el testamento es que Don Juan Pérez de la Calle fallezca. Digamos que fallece el día 5 de diciembre de 2021 debido a una parada cardíaca causa de la enfermedad COVID- 19. Sus tres hijos, María, Javier y José, una vez realizados los oportunos trámites acuden a la cita con Don Javier Serrano que es el Notario de su padre para aceptar la herencia. Este lo primero que les comenta es hay que establecer con exactitud cual es el haber hereditario. En este caso, tanto los dos tercios de legítima como el tercio de libre disposición lo constituyen una casa sita en la Calle de Velázquez número 8 y treinta mil euros en valores financieros. Supongamos que el valor de mercado de la casa en el momento de fallecimiento de Don Juan es de un millón de euros que será el valor del haber hereditario. El Notario plantea que lo ideal en este caso es que los dos hermanos lleguen a un acuerdo con María, por el cual, intenten

⁵⁰ op. cit. Carrión Olmos, S.

⁵¹ op. cit. Lora-Tamayo Rodríguez, I.

vender la casa y comprar una más acorde a las necesidades de su hermana. Supongamos que María presta su consentimiento y consiguen vender la casa por un millón doscientos mil euros. Tras lo cual el haber hereditario asciende a un millón doscientos treinta mil euros. Como sabemos, ese dinero la corresponde a su hija María que es discapacitada en sustitución fideicomisaria de residuo. Por lo que, María puede disponer de ese dinero como ella prefiera.

En este caso, María esta de acuerdo con sus hermanos, ya que prefiere comprar un piso más pequeño que además este más cerca de la Fundación ONCE a la que acude casi todos los días. Por tanto, comprarían un piso más pequeño de unos seiscientos mil euros acorde a las necesidades de su hermana en la Calle Prim número 2, 28004, Madrid. Debemos suponer que María también recibe ingresos de la ONCE de unos dos mil cincuenta euros mensuales. Esta vive felizmente durante 5 años más, habiendo gastado un total de cien mil euros entre otras cosas en una operación de corazón que sufre. El resto de dinero no se ha tocado durante esos años. Una vez fallecida María, los hermanos José y Javier deben acudir de nuevo a Don Javier Serrano para que les explique que ocurrirá, ya que ellos dos han sido llamados a la herencia y no entienden los futuros pasos. Lo primero que hacen es aceptar la herencia y realizan la valoración del residuo de la sustitución fideicomisaria. La casa donde ha residido esos años su hermana asciende a un valor de setecientos mil euros. Por tanto, en este caso el residuo que ha quedado es de novecientos treinta mil euros cuya cifra se divide en una parte líquida y el bien inmueble. Estos dos hermanos recibirán cada uno el cincuenta por ciento de esta cifra que viene a ser un total de cuatrocientos sesenta y cinco mil euros al que habrá que restar el impuesto de Sucesiones correspondiente. Estos hermanos quedan satisfechos con el trabajo realizado por Don Javier Serrano al cual recomiendan al resto de sus conocidos.

Como podemos comprobar este sería un caso típico que podría ocurrirle a cualquier familia, aunque las cosas no siempre son tan fáciles, pudiendo surgir problemas de todas las clases, como que los hermanos no vendan la casa inicial o que no estén de acuerdo en la decisión de su padre y lleven el testamento a juicio. Otra cuestión que podría ocurrir sería que la hermana disponga del dinero en una mayor cantidad; quedándoles a sus hermanos unas cifras muy pequeñas o incluso nada. Esta situación se vería mucho más compleja si hablásemos de que la familia únicamente dispone de un bien inmueble de una cifra mucho menor.

4. POSIBLE PROSPECCIÓN SOCIOLÓGICA DEL ARRAIGO SOCIAL DE ESTAS FIGURAS EN LA PRÁCTICA

Concluiré este Trabajo de investigación con cinco entrevistas realizadas a distintos Notarios de diversas edades y ámbitos de actuación. Todos ellos hablarán de la posible prospección sociológica del arraigo social de tanto la figura de la sustitución fideicomisaria en la práctica como del alcance de la propia Ley. Para tomar estas opiniones, he mantenido entrevistas con cada uno de ellos. Estas entrevistas me han ayudado a comprender el alcance práctico de la figura de la sustitución fideicomisaria, así como el desarrollo de la misma.

4.1. Opinión Doña Almudena Fernández-Cuesta del Río

Doña Almudena Fernández-Cuesta del Río me comenta que la doctrina en la época en la que ella estudió la oposición ya señalaba esta reforma de la sustitución fideicomisaria. En el momento se discutía si debía ser de residuo o no, pero lo que se establecía es que seguía siendo un llamamiento a término que es cierto desde el momento que fallece el causante; por lo que no es condicional. Actualmente, con la reforma que se ha hecho no se sabe la cuantía de lo que se va a recibir si es que se va a recibir algo. La mayoría de Doctrina, incluso el Tribunal Supremo, decía que cuando es de residuo solamente el heredero puede disponer a título oneroso a menos que se haya dispuesto lo contrario que podrá disponer a título gratuito. Al final lo que implica la sustitución fideicomisaria de residuo es que haya una grabación completa sobre la legítima. En conclusión, antes existía una alta posibilidad de que dispongan, mientras que ahora pueden no disponer.

Lo que en realidad ha ocurrido es que se ha realizado como una necesidad de proteger al hijo discapacitado que tiene menos medios que sus hermanos, pero ella cree que tiene que interpretarse restrictivamente. En su experiencia las personas que han ido a testar, por regla general, intentan ser poco problemáticos e igualitarios con todos sus hijos. Ello hace que sea una figura que tampoco se ve con frecuencia. Además, respecto de la posibilidad que existía antes de gravar la legítima en favor de los descendientes era algo muy inusual. Viéndose sobre todo en hijos, como ahora se ha establecido.

En realidad, esta modificación es contraria totalmente a la legítima que en su opinión es mejor, ya que no considera la legítima como algo útil que tiene que acabar por desaparecer. Ha vivido muchas situaciones de matrimonios que han trabajado toda la vida y no tienen relación apenas con sus hijos. Cuando uno de ellos muere el patrimonio del

otro se rebaja a la mitad de lo que era, además de necesitar el consentimiento de tus hijos cada vez que tienes que disponer de algo. Esto es poco justo para el cónyuge viudo, sobre todo en aquellos casos en los que no exista buena relación con los hijos. Por tanto, existiendo esta institución si que le parece bien esta reforma porque al final estas protegiendo más al discapacitado.

En la práctica nadie sabe que existe esa Ley y solo la conocen porque se lo dicen los propios Notarios. Incluso cuando se lo comentan lo general es que no hagan nada porque tienden a querer ser igualitarios con todos sus hijos para que estos cuiden a su hermano discapacitado y no se enfaden con él por razones del testamento. Nunca ha visto un testamento que grave la legítima por completo, lo que se suele hacer es que se le de el usufructo de la vivienda mientras esta viva. La alternativa que existe a este instrumento es constituir lo que se llama patrimonio protegidos que permiten que los padres o abuelos puedan constituir a favor de una persona con discapacidad. Además, estas aportaciones no tributan y solo se pueden disponer en favor del propio discapacitado o del Administrador. Es una forma de disponer en vida que a la vez protege, pero que no lesiona la legítima de los otros.

Respecto de la Ley considera que, aunque es buena porque nuestro Ordenamiento Jurídico debía adecuarse a la Convención de Nueva York, le parece que los artículos son poco prácticos. Esto se ve en que cada artículo es tremendamente largo, pero en la realidad no se cumple. Lo ideal sería que lo desarrollasen cuando ya se pudiese ver la forma en la que fuese a funcionar. De hecho, hay una disposición que indica que los artículos deben revisarse a los tres años por la Justicia, pero lo cierto es que con la lentitud que funciona esto en nuestro país es prácticamente imposible que esto ocurra. Un punto del que está completamente en desacuerdo es que hayan quitado la tutela de los mayores de edad. Esto no le parece bien porque, aunque es cierto que hay mucha gente que no le haría falta, hay muchos otros que sí. Ella ha tenido un caso en el que un hombre fue incapacitado porque padeció un ictus, pero al tiempo mejoró y cuando fue a otorgar testamento podía perfectamente tutelarse por él mismo. Este caso no es la regla general, sino las excepciones, por ello sería mejor que existiese la presunción de que todos tienen capacidad en tanto no se muestre que no la tiene. Es decir, que haya casos en los que si que pueda existir un tutor para aquel mayor de edad que lo necesite. La figura del curador se queda escasa en muchas ocasiones, ya que hay personas discapacitados que necesitan que les representen en lugar de tan solo un acompañamiento. En conclusión, considera

que la Ley tiene una buena intención y era necesaria, pero que es muy poco práctica. Además, en cuanto a la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo no es frecuente que se utilice por esa mentalidad que existe entre los padres de ser igualitarios con todos sus hijos por igual ⁵².

4.2. Opinión Doña Miriam Herrando Deprit y Don Pablo de la Esperanza Rodríguez

Doña Miriam Herrando Deprit y Don Pablo de la Esperanza Rodríguez consideran acerca de la reforma comentada en materia de Derecho de Sucesiones de la figura de la sustitución fideicomisaria está todavía muy lejos de alcanzar un arraigo social en los españoles. Apuntan que esto se debe a la mentalidad de nuestro país que, por lo general, tiene familias compactas en las que cuando existe un miembro con algún tipo de discapacidad los demás miembros suelen ocuparse de este y velar por sus intereses. Además, otra de las características que nos definen como sociedad es que hay un fuerte arraigo sobre la transmisión de la herencia de generación en generación. Es decir, al igual que uno ha heredado de sus padres, tiene la mentalidad de querer transmitir a sus hijos lo adquirido durante su vida. Esta concepción dificulta mucho que unos padres graven la legítima en favor de uno de sus hijos, ya que saben que los demás legatarios no heredarán nada o muy poco a su muerte. La causa de ello se debe fundamentalmente a que los padres prefieren no favorecer a un hijo sobre el otro, para que no surjan los conflictos.

Ambos nunca han visto en sus Notarias esta figura de la sustitución fideicomisaria como forma de gravar la legítima en favor de un hijo discapacitado o como se preveía antes en favor de un judicialmente incapacitados, sino que más bien creen que es poco frecuente. Consideran que a no ser que las Organizaciones que velen por los intereses de los discapacitados tomen mucho empeño en promover este tipo de protecciones será difícil que calen socialmente. Lo que si que han visto con mucha más frecuencia es que se transmita el usufructo de la vivienda al hijo discapacitado para asegurarse que este nunca quedará sin sitio dónde residir como forma de protección. Esta figura no es tan agresiva

⁵² Doña Almudena Fernández-Cuesta del Río es antigua alumna de la casa (ICADE), habiendo realizado los estudios de Derecho y Administración de Dirección de Empresas (E3) finalizados en el año 2015. Su Notaría se encuentra en Avenida Ancha de Castelar 39, San Vicente del Raspeig, 03690, Alicante. Lleva ejerciendo la profesión de notaria poco más de 3 años.

de cara a los demás legitimarios, ya que no grava por completo la legítima, aunque en el caso de que solo exista un bien inmueble como haber hereditario viene a ser prácticamente lo mismo en la práctica. En cuanto a la promulgación de la Ley 8/2021, están de acuerdo en la necesidad que existía de adecuar nuestro Ordenamiento jurídico a esta Convención ratificada por España. Consideran que es una reforma buena, aunque se podrían haber hecho las cosas de una forma mucho más realista. En concreto, la supresión de la incapacidad judicial es un tema del que se desprenderán numerosas controversias sobre todo en aquellas personas que han funcionado así a lo largo de los años ⁵³.

4.3. Opinión Don Ignacio Manrique Plaza

Don Ignacio Manrique Plaza considera que la sustitución fideicomisaria de residuo es sobre la base una figura de creación doctrinal. Cree que es una figura que no ha perdido relevancia, para afirmar lo mismo, atiende a su propia experiencia. No ha dejado de ver sustituciones fideicomisarias en su Notaria con el paso del tiempo, de hecho, ha visto varias últimamente, sobre todo de residuo. Al contrario de lo que he podido comentar con los otros Notarios, Don Ignacio si que ve que la sustitución fideicomisaria es una figura utilizada con asiduidad, de hecho, desde la promulgación de esta Ley ya ha realizado más de dos testamentos que incluyen estas cláusulas. No cree que esta figura esté denigrada para nada, aunque si que es cierto que considera que la legítima como se concibe hasta ahora en el Código civil no es adecuada. Ya que puede ser injusta en algunos casos. Cree que la tendencia acabará siendo la desaparición de esta de hecho, podemos ver esta tendencia en Cataluña y Galicia.

En cuanto a la sustitución hace relativamente poco han llevado a cabo un caso sustitución fideicomisaria en un testamento que versa sobre un discapacitado. Se trata de una madre llamada Mercedes que falleció en 2021, ella había dispuesto en su testamento una sustitución ejemplar en favor de su hijo Arcadio que estaba incapacitado judicialmente. Una sustitución ejemplar sirve para que un padre pueda otorgar testamento en favor de su hijo discapacitado que se entiende que no puede hacerlo por sí mismo. Con la promulgación de esta Ley, se han eliminado tanto la figura de la sustitución ejemplar como la de la incapacitación, por lo que Arcadio deberá otorgar testamento. Lo que nos

⁵³ Doña Miriam Herrando Deprit tiene su Notaría en la Calle Príncipe de Vergara 84, 1º, 28006, Madrid y, su marido, Don Pablo de la Esperanza Rodríguez en la Calle Diego de León 45, 1º, 28006, Madrid. Ambos llevan más de 20 años ejerciendo la carrera notarial; cada uno desde su propia Notaria

encontramos aquí es que la madre que era viuda y no tenía otros descendientes cercanos, había dispuesto una sustitución ejemplar en favor de la Fundación PROMIVA. El problema que se han encontrado es que al no existir estas figuras tras la Ley no pueden respetar la voluntad del causante. Por ello, junto con Arcadio han constituido una sustitución fideicomisaria de residuo, por la cual, Arcadio sería el fiduciario y el fideicomitente sería la Fundación PROMIVA. De esta forma se mantendría la voluntad de la madre, así como la garantía de que Arcadio podrá disponer de los bienes de su madre mientras viva.

Un ejemplo es este, pero lo cierto es que ven muchos clientes discapacitados pues hacen muchos patrimonios protegidos. Lo que si que es cierto es que la sustitución fideicomisaria en su opinión es una figura que se ha tenido que limitar desde el SXIX con la desamortización porque si no hubiese límites al llamamiento como ocurría antes se generaría el verdadero problema.

En cuanto a la opinión que tiene respecto de la propia promulgación de esta Ley, me comenta que en un principio si que fue “chocante”, ya que él como muchos otros notarios no tenían noción de la importancia que iba a tener la Convención de Nueva York en la reforma del CC, porque, aunque haya cosas que quizás podrían haberse elaborado mejor, en términos generales es una Ley buena. Lo es porque dignifica a la persona discapacitada, dándole una capacidad de actuar que sin duda las ayudará a ellos mismos a sentirse partícipes de lo que concierne a su vida. Considera que los Notarios tienen un papel que requiere más responsabilidad por su parte, debido a que muchas veces tendrán que hacer un esfuerzo por impulsar a estas personas. Por ello, muchos Notarios, sobre todo los veteranos, consideran que este trabajo que tendrán que empezar a hacer es pesado. Pero en el caso de Don Ignacio, está encantado de afrontar los nuevos retos objeto de estudio que se le presentarán a partir de ahora ⁵⁴.

⁵⁴ Don Ignacio Manrique Plaza tiene su notaría en la Calle Raimundo Fernández Villaverde 61, 28003, Madrid. Lleva cerca de 25 años ejerciendo la carrera notarial. Además, tiene dos socios con los que ha comentado el tema antes de darme su opinión: Segismundo Álvarez Royo-Villanova e Ignacio Gil-Antuano Vizcaíno. Está bastante al día de las implicaciones de la Ley 8/2021, debido a que hace relativamente poco tuvo que estudiar el tema en profundidad para dar una conferencia en una Fundación de Discapacitados.

4.4. Opinión Don Mariano Alberdi Berriatua

Don Mariano Alberdi Berriatua establece su opinión en esta materia desde sus vivencias estos años, distintas al resto al encontrarnos con que su Notaria se en un Municipio de Toledo y no en una ciudad como Madrid. Según lo que me ha dicho esto influye, ya que la mayoría de las personas discapacitadas con las que ha trabajado son mayores. Esto se debe a que en este Municipio la mayoría de la población oscila en más de 60 años. Nunca ha visto un testamento en el que se grave la legítima, en el ambiente en el que se mueve ve pocos discapacitados ya que estos suelen estar en la ciudad donde se encuentran los colegios y centros de ayuda. Es muy difícil que vea una persona que tenga un hijo con discapacidad, sino más bien lo que suele ver más es a un propio discapacitado.

En general la sustitución fideicomisaria es muy poco habitual, las que son más frecuentes son las de residuo que es prácticamente la única forma en la que sobrevive. Esto se debe a que ya no sirve a los fines para los que instituyo. Esta figura enlazaba muy bien con la Sucesión del Derecho romano que se basaba en la transmisión personal de dominio sobre la familia y la casa. Se producía la transmisión genérica en bloque de todo esto. Un ejemplo de esto fue su extraordinaria acogida en el Antiguo régimen que al final desapareció con la desamortización del SXIX fruto del desarrollo económico de España.

Existen otras razones para la falta de relevancia más actuales. Fundamentalmente que está poco incentivada esta figura, en el sentido en que la mayoría de los ciudadanos no conocen esta figura ya que tampoco está estimulada. De todos modos, es cierto que existe una cierta proyección en el futuro que se estudio hace unos años desde la Dirección General de los Registros. Esto se debe a que España debería hacer la adaptación en Derecho civil a la incorporación de un Tratado del Trust anglosajón en los Ordenamientos jurídicos continentales que ya ha realizado países como Francia. Esta es una derivación de esta figura mucho más plausible para que subsista en una economía financiera como la que vivimos ahora. Se había pretendido reformar esto para incorporar este Tratado del trust, pero quedo en una idea que al final no se produjo. En Reino Unido funciona muy bien, es cierto que es porque su tradición de relaciones sociales está basada en los vínculos de confianza recíprocos que no son tan comunes en España. En algún momento tal vez se

podrá realizar esta adaptación que en opinión de este Notario sería lo que podría mantenerlo vivo en la sociedad ⁵⁵.

4.5. Valoración personal

Recapitulando, como se ha podido comprobar la promulgación de esta Ley tiene opiniones muy dispares. Es cierto que casi todos están de acuerdo en que era una medida necesaria, pero también ha generado muchas dudas a la hora de llevar a la práctica esta norma. Algo que me ha llamado la atención es que esta Ley no sea conocida por las personas discapacitadas que al final son el sujeto beneficiado por ella. Considero que esto se debe a una falta de publicidad de esta en estos colectivos, por lo que, propondría a las Fundaciones impartir charlas en las que puedan explicarles lo que esta Ley les implica en sus vidas.

En cuanto a la reforma implementada en la sustitución fideicomisaria todos están de acuerdo es que supone una limitación a las legítimas que tenemos en el sistema de Derecho Civil Común Español. Esto se debe a que en la práctica un hijo discapacitado puede gastar el total de la legítima que se le haya dado como sustitución fideicomisaria de residuo sin que llegue a quedar nada para el resto de ellos. Por un lado, creo que esto es bueno, porque por primera vez podemos ver este cambio de mentalidad hacia las legítimas tan rígidas de nuestro sistema, pero, por otro, habría que ver hasta que punto este conjunto de patrimonio verdaderamente se usa únicamente para el discapacitado o se presentan otros intereses. Es difícil entender la postura, desde mi punto de vista, de un sistema en el que no se tome en cuenta que, aunque algunas de estas personas puedan ser totalmente independientes hay muchas otras que no.

Personalmente, es una realidad que he vivido de cerca al haber colaborado en actividades de acompañamiento a discapacitados, como, por ejemplo, de enfermera en la Hospitalidad de Nuestra Señora de Lourdes. Lo primero que tengo que decir es que estoy totalmente de acuerdo en que la dignidad de estas personas sea lo primero que se busca al promulgar este tipo de leyes, pero creo que el Legislador ha olvidado la realidad que muchas de ellas pueden llegar a vivir sin un acompañamiento adecuado.

⁵⁵ Don Mariano Alberdi Berriatua tiene su notaría en la Calle Grande 1, 45800, Quintanar de la Orden, Toledo. Lleva más de 25 años ejerciendo la carrera de Notario.

V. CONCLUSIONES

Primera-. La consideración y la protección jurídica de las personas con discapacidad ha evolucionado desde un apartamiento de la sociedad hasta un deseo de una completa integración social. Las diferentes clases de discapacidad física, sensorial y psíquica se contemplan desde una perspectiva social amplia y no solo médica.

Segunda-. La promulgación de Ley 8/2021 se debe a la necesidad de adaptar el Ordenamiento Jurídico español a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York. Una de cuyas medidas es la sustitución fideicomisaria de las personas con discapacidad.

Tercera-. La sustitución fideicomisaria tras la reforma permite gravar la legítima de los herederos en los términos establecidos en el artículo 808 del CC, pues el fiduciario recibirá la totalidad de la herencia que se entregará al resto de herederos una vez fallecido el mismo. Sobre esta sustitución fideicomisaria se ha discutido el ámbito personal que beneficia a las personas con discapacidad del 33% cuando se trata de una de tipo psíquico y del 65% cuando es física o sensorial. Además, el hecho de que se circunscribe al hijo del testador. El carácter se entiende que es de residuo de aquello que pueda quedar salvo disposición contraria del testador.

Cuarta-. Puede apreciarse que esta sustitución fideicomisaria es un excelente mecanismo que tiene el testador para proteger al hijo discapacitado en el plano patrimonial. Siendo conveniente que los Notarios informen a las personas de estas posibilidades.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A) LEGISLACIÓN

1. Constitución española (BOE 29 de diciembre de 1978)
2. 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 (BOE 3 de junio de 2021)
3. 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 (BOE 19 de noviembre de 2003)

4. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (GACETA DE MADRID 25 de julio de 1889)
5. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 3 de diciembre de 2013)
6. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE 26 de enero de 2000)
7. Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 22 de abril de 2008)

B) OBRAS DOCTRINALES

1. Árbones-Dávila Navarro, Y., Apuntes privados de Derecho de Sucesiones. Curso 2020-2021, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia de Comillas. Plataforma educativa Moodle: acceso restringido.
2. Cáceres, C, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Audito: Revista electrónica de audiolología*, vol. 2 (3),1 noviembre 2004, pp. 74-77.
3. Carrión Olmos, S, “Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los arts. 782 y 808 CC tras su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, 28 diciembre 2021 (disponible en: <https://idibe.org/tribuna/sustitucion-fideicomisaria-favor-hijos-discapacidad-algunas-consideraciones-los-arts-782-808-cc-tras-redaccion-la-ley-82021-2-junio/>; última consulta 1/03/2022).
4. Costas Rodal, L, “La sustitución fideicomisaria. Especial referencia al fideicomiso de residuo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2011, pp. 25-34.
5. Egea García, C Y Sarabia Sánchez, A, “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, 2001, p. 2 (disponible en: https://sid.usal.es/docs/F8/ART6594/clasificacion_oms.pdf; última consulta 10/01/2022).
6. Lasarte, C., *Derecho de Sucesiones*, Principios de Derecho Civil VII, Undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 110.

7. Lora-Tamayo Rodríguez, I, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”, Guía rápida Francis Lefebvre, Lefebvre-El Derecho, S.A, Madrid, 2021, pp. 11-174.
8. Mariño Pardo, F, “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación de los artículos 782 y 808: sustitución fideicomisaria en caso de discapacidad de un legitimario”, *Ius Prudente*, 6 octubre 2021 (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_39.html; última consulta 12/01/2022).
9. Martín Meléndez, M. T, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010, pp 23-50.
10. Martínez Ortega, J.C, “El facilitador: herramienta fundamental de la defensa de las personas con discapacidad”, *El Notario*, ENSXXI (2022, enero- febrero), nº 101, pp 37.
11. Pérez, M. E. y Chabra, G, “Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas”, *Revista Española de Discapacidad*, vol 7 (I), 2019, pp. 7-27.
12. Pérez Ramos, “Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias”, *El Notario*, ENSXXI (2021, noviembre-diciembre), nº 100, p. 6.
13. Roca Sastre, R.M., *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
14. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M. *Derecho de la persona*. Dykison, Madrid, 2021.
15. Valencia, L.A., “Breve Historia de las personas con discapacidad: De la Opresión a la Lucha por sus Derechos”, *Revista Española de Discapacidad*, vol 8 (I) 2020, cit, pp. 3-17
16. Velilla Antolín, N, “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas discapacitadas”, *El Notario*, ENSXXI (2021, noviembre- diciembre), nº 100, p. 5.

C) RECURSOS DE INTERNET

1. INE, “Discapacidad (tasas, esperanzas de vida en salud)”, Encuesta 2008 (disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888; última consulta 16/03/2022)

2. Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AIDD), “Discapacidad Intelectual. Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo Social”, Madrid, Alianza Editorial, (disponible en: <https://blogs.ucv.es/postgradopsocologia/2017/12/15/discapacidad-intelectual-definicion-clasificacion-y-sistemas-de-apoyo-social/>; última consulta 21/01/2022)
3. Sunrise Medical, “Guía de asociaciones de discapacitados en España”, 2017, (disponible en: <https://www.sunrisemedical.es/blog/asociaciones-de-discapacitados>; última consulta 18/02/2022)
4. Sunrise Medical, “8 famosos con discapacidad que son un ejemplo de superación”, 2016, (disponible en: <https://www.sunrisemedical.es/blog/ejemplos-famosos-superacion-discapacidad#fridadiscapacitados>; última consulta 16/03/2022)
5. Real Academia Española, “Definición de discapacidad”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, (disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/discapacidad>; última consulta 21/02/2022)
6. Fundación Caser, “Discapacidad Física” (disponible en: <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/fisica/introduccion>; última consulta 20/01/2022)
7. Organización Mundial de la Salud (OMS), “Trastornos mentales”, 2019 (disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>; última consulta 20/01/2022)
8. Fundación Caser, “Discapacidad Psíquica” (disponible en: <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/psiquica/introduccion>; última consulta 20/01/2022)